Welchen Einfluss

hat eine vom Käufer vorgenommene Verfügung

über die Kaufsache

auf die aedilizischen Rechtsmittel?

Nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

ERNST KAUFMANN

REFERENDAR IN HAMBURG.

KIRCHHAIN N.-L.
DRUCK VON MAX SCHMERSOW VORM. ZAHN & BAENDEL.
1901.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0181

Litteratur.

Arndts: Pandekten. 14. Aufl.

Baron: Pandekten. 9. Aufl.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. I Erlangen 1876.

Bellerstein: Die Rückgabe der verkauften Sache in Fällen der actio redhibitoria. Erlangen 1896.

von Buchka: Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, Berlin 1897.

Burchardi: Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen, Kiel 1861.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I Jena 1899.

Dernburg: Pandekten, 5. Aufl. 1896, 1897.

Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preussens. 1. und 2. Aufl. Halle, 1899.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B.G.B. in Gruchots Beiträgen. Bd. XLIII 1899.

Eck: Beitrag zur Lehre von den aedilizischen Klagen; in den Festgaben für Beseler. Berlin 1885.

Ehrlich: Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe nach dem B.G.B. Inaugaural-Dissertation. Greifswald 1900.

Endemann: Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. I. 2. Abt. 5. Aufl. Berlin 1899.

Eneccerus und Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Band I, Schuldverhältnisse. Allgemeine Lehren von Eneccerus. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Gesterding: Sieben Abhandlungen aus der Lehre vom Edikt der Aedilen u. s. w., in der Zeitschrift für Zivilrecht und Process Bd. VI. 1833.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. XX. Abt. I. Erlangen 1819.

Goldschmidt: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.

Über die Statthaftigkeit der aedilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf, das. Bd. XIX Nr. 3.

Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach röm. u. nach gem. Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts. 2 Bde. Berlin 1883, 1884, 1887.

Holzschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Zivilrechts. III. Bd. 3. Aufl. Leipzig 1864.

Kempkes: Wird durch Verfügung des Käufers über die mangelhafte Sache die actio redhibitoria ausgeschlossen? Inaugural-Dissertation. Erlangen 1896.

Kori: in Langenns und Koris Erörterungen praktischer Rechtsfragen. Teil II. Nr. VII. Dresden und Leipzig 1836.

Leistner: Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Recht des B.G.B. Inaugural-Diss. Erlangen 1900.

Lepenau: Die Rückgabe der verkauften Sache gemäss der actio redhibitoria nach gemeinem Zivilrecht. Göttingen 1890.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I. Berlin 1900.

Mugdan: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II Berlin 1899.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Pernice: Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. II. Abt. I. 2. Aufl. Halle 1895.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl.

Regelsberger: Kritik des Werkes von Hanausek, in Grünhuts Zeitschrift. Bd. XI. 1884.

Schneider: Rechtsregeln des Viehhandels nach deutschem Gesetz, München 1899.

Schollmeyer: Kommentar zum B.G.B. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. München 1900.
Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. Berlin 1897.

Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.
Praktisches Pandektenrecht. Bd. I. 4. Aufl. Würzberg 1860.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Staub: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1896.

Stölzle: Viehkauf nach dem B.G.B., Berlin 1899.

Strohal: Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines B.G.B.; in Iherings Jahrbüchern Bd. XXXIII.

Thibaut: System des Pandektenrechts Bd. I, 8. Ausg. Jena 1834.

Thöl: Handelsrecht Bd. I, 4. Aufl. Göttingen 1862.

Treitschke: Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel. 2. Aufl. bearbeitet von Wengler. Gera und Leipzig 1866.

Ubbelohde: Haftung des Schuldners für seine Gehülfen: in Goldschmidts Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. VI.

Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen; herausgegeben von Huschke Bd. II Leipzig 1840.
Von dem Verkauf mangelhafter Sachen; im Archiv f. d. civil. Praxis. Bd. VI.

Westphal: Lehre des gem. Rechts von Kontrakten. Leipzig 1789.

Windscheid: Pandekten: Bd. I u. II. 8. Aufl. bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. Main 1900.

v. Wyss: Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Recht. Zürich 1867.

Disposition.

A. Einleitung.
   I. Begriff und Bedeutung der aedilicischen Rechtsmittel.
   II. Abgrenzung des Themas.

B. Ausführung.
   I. Die actio quanti minoris wird durch Verfügungen über die Kaufsache nicht berührt; dies folgt
      1. für das gemeine Recht
         a. aus den Quellen
         b. aus allgemeinen Gründen,
            α. Frage nach der Beweislast,
            β. Verzicht ist nicht anzunehmen.
      2. für das B.G.B. aus der Nichterwähnung im Gesetz.
   II. Verwerfung zweier allgemeiner Gründe, aus denen man die actio redhibitoria vielfach ausschliessen will:
      1. Verzicht des Käufers,
      2. Unmöglichkeit der Naturalrestitution.
   III. Einfluss der vom Käufer herbeigeführten Verschlechterung und Vernichtung der Kaufsache auf die actio redhibitoria
      1. nach gemeinem Recht
         a. Verschlechterung
            α. durch den Käufer selbst
            β. durch Personen, für die er haften muss,
            γ. Ersatzpflicht des Käufers.
         b. Vernichtung.
            α. Abgrenzung der Begriffe Culpa und Dolus.

β. culpose Vernichtung.
γ. dolose Vernichtung.
αα. die Quellen erwähnen sie nicht.
ββ. Litteraturübersicht.
γγ. die Redhibition ist grundsätzlich zulässig, jedoch steht ihr
δδ. die exceptio doli des Verkäufers entgegen.
εε. der Einwand, die Interessen des Käufers würden durch die actio quanti minoris genügend gewahrt, ist unzutreffend.

2. Nach Bürgerlichen Gesetzbuch.
a. zufälliger Untergang schliesst wie im gemeinen Recht die Wandelung nicht aus.
b. Gestaltung der Wandelung und Minderung im B.G.B.
c. Untergang, Verschlechterung oder anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe schliessen, wenn der Käufer sie verschuldet hat:
α. vor „Vollzug“ der Wandelung diese aus,
αα. was bedeutet hier „Verschulden“ des Käufers?
ββ. Verschulden anderer Personen.
β. nach vollzogener Wandelung verpflichten sie
αα. den Käufer zum Schadenersatz (§ 347),
ββ. geben sie dem Verkäufer die Möglichkeit, den im Verzug befindlichen Käufer mit seinem Wandelungsanspruch auszuschliessen (§ 354).

IV. Spezifikation der Kaufsache
1. Nach gemeinem Recht
2. nach B.G.B.
a. vor Vollzug der Wandelung,
b. nach demselben.

V. Veräusserung und Belastung der Kaufsache.
1. Nach gemeinem Recht.
a. Litteraturübersicht.

b. Weiterveräusserung auch in Kenntnis des Fehlers schliesst an sich die Redhibition nicht aus, denn der Käufer hat
   α. auf die Redhibition nicht verzichtet,
   β. kann er die Sache zurückerwerben
      αα. unfreiwillig.
      ββ. freiwillig.
   γ. die L. 43 § 8 D. de aed. ed. 21,1 gestattet die Redhibition bei Veräusserung ohne Rückerwerb und bei Belastung ohne Ablösung derselben.

c. Bei Veräusseruug oder Belastung in Kenntnis des Fehlers ohne Rückerwerb oder Ablösung steht dem Verkäufer gegen die Redhibition die exceptio doli zu.

2. Nach B.G.B. ist
   a. die Wandelung ausgeschlossen, wenn bei dem dritten Erwerber die Voraussetzungen der §§ 351, 352 eingetreten sind.
   b. im Übrigen bleibt trotz Veräusserung und Belastung die Wandelung zulässig.
   c Veräusserung und Belastung nach vollzogener Wandelung.

VI. Besonderheiten des B.G.B. bei Viehmängeln.

C. Schluss. Hinweis auf das Handelsrecht.

Die aedilicischen Rechtsmittel sind von den Aedilen in Ausübung der ihnen obliegenden Funktion der Marktjurisdiktion[1]) zur grösseren Sicherung der Käufer gegen die „fallacia vendentium“[2]) durch das Edikt, ursprünglich nur für den Marktverkehr mit Sklaven und Vieh, eingeführt, in späterer Zeit aber auf sämtliche Kaufgeschäfte ausgedehnt worden.[3]) Die Stellung des Käufers war im ältesten römischen Recht dem Verkäufer gegenüber eine sehr schlechte. Dieser haftete nach der actio emti, was die physische Beschaffenheit der Kaufsache anlangt, nur für zugesicherte Eigenschaften und arglistig verschwiegene Mängel auf Schadensersatz. Im übrigen war der Käufer darauf angewiesen, die Sache gleich beim Kaufe selbst auf ihre Fehler anzusehen oder sich durch eine besondere Stipulation die Fehlerlosigkeit garantieren zu lassen. Das erste ist für den unerfahrenen Käufer sehr schwierig, und zu dem letzeren wird sich der Verkäufer, zumal in Zeiten einer für ihn günstigen Geschäftslage, nicht immer haben bereit finden lassen.[4]) Um diesen Missständen, die sich hauptsächlich im Marktverkehr zeigten, abzuhelfen, haben die Aedilen das Edikt erlassen. Nach diesem muss der Verkäufer auch für ihm selbst unbekannte Mängel einstehen, sofern sie nicht ganz unerheblich sind oder dem Käufer beim Verkaufe bekannt waren, oder wegen ihrer Offensichtlichkeit bekannt sein konnten.[5]) Aus dem Edikt

[1]) Dernburg, Pand. II. S. 277.
[2]) L. 1 § 2D. de aedilicio edicto 21, 1.
[3]) Bechmann I. S. 412.
[4]) Vgl. Bechmann I. § 51.
[5]) L. 14 § 10. D. h. t. (quae quis ignoravit vel ignorare potuit)

standen nun dem Käufer verschiedene Rechtsmittel zu; die beiden wichtigsten und heute allein noch praktischen sind aber die actio bezw. exceptio redhibitoria auf Aufhebung des Kaufkontrakts und quanti minoris auf Herabsetzung des Kaufpreises[1]). „Und an diese beiden denkt man auch gewöhnlich nur, wenn von aedilicischen Rechtsmitteln die Rede ist.“[2])

Das B. G. B. hat sich, wenn auch im einzelnen manches geändert ist, im wesentlichen an das gemeine Recht angeschlossen. Ausser für zugesicherte Eigenschaften und arglistig verschwiegene Mängel (§§ 459, Abs. 2 und 460 S. 2, § 463, die römische actio emti) haftet der Verkäufer nach § 459 Abs. 1 ganz allgemein dafür, dass die Sache „zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern“, sofern nicht die Minderung unerheblich ist, oder der Käufer den Mangel beim Abschluss des Vertrages kennt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 460). Wegen aller Mängel, die der Verkäufer hiernach zu vertreten hat, kann der Käufer Wandelung, d. h. „Rückgängigmachung des Kaufes“ oder Minderung, d. h. „Herabsetzung des Kaufpreises“ (§ 462), wegen zugesicherter Eigenschaften und arglistig verschwiegener Mängel statt dessen auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 463). Die Wandelung entspricht der römischen actio redhibitoria, die Minderung der actio quanti minoris; beide können nicht nur angriffsweise, sondern auch als Einrede geltend gemacht werden[3]). Auf weitere Einzelheiten, insbesondere auf die Abweichungen des B. G. B. vom gemeinen Recht einzugehen, ist hier nicht am Platze, da es nur darauf ankam, die Parallelität zwischen beiden Rechten

[1]) Über die übrigen Rechtsmittel aus dem Edikt vgl. Glück Bd. XX § 1113 S. 131 ff.

[2]) Unterholzner im Archiv f. d. civil. Pr. Bd. VI S. 85, 86.

[3]) Oertmann zu § 462 Z. 3 b.

im allgemeinen festzustellen, um im folgenden beide einheitlich neben einander behandeln zu können.

Es herrscht seit alter Zeit in Theorie und Praxis grosse Meinungsverschiedenheit darüber, ob und durch welche Verfügungen des Käufers über die Kaufsache die aedilicischen Rechtsmittel ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Lage des Käufers, welche ja im Civilrecht dem Verkäufer gegenüber eine sehr unsichere war, gestaltete sich in Folge der Bestimmungen des Edikts überaus günstig. Die Aedilen sind offenbar, in dem Bestreben, den unerfahrenen Käufer vor Betrügereien zu schützen, zu weit gegangen und haben die Interessen des Verkäufers zu sehr in den Hintergrund gedrängt. So machen sie es dem Käufer nicht etwa zur Pflicht, seine Ansprüche wegen eines entdeckten Mangels sofort geltend zu machen oder wenigstens den Mangel dem Verkäufer anzuzeigen, sondern gestatten ihm, bis zum Ablaufe der Verjährungsfrist von 6 Monaten bezw. einem Jahr — utiliter, also von der Kenntnis des Mangels an gerechnet — zu warten und die Preisschwankungen des Marktes zum Nachteil des Verkäufers für sich auszunützen[1]). Und auch sonst ist die Lage des Verkäufers, wie wir noch sehen werden, keine günstige, sodass es wohl zu verstehen ist, dass sich das Bestreben gezeigt hat, durch möglichst günstige Interpretation der Bestimmungen des Edikts den Verkäufer vor allzu grosser Benachteiligung zu bewahren; und so hat man insbesondere vielfach zu beweisen gesucht, dass durch Verfügungen des Käufers über die Kaufsache oder wenigstens

[1]) Eck, S. 161. Auch im B. G. B. ist der Verkäufer gegen derartige Chikanen nicht genügend geschützt. Nach § 466 kann zwar der Verkäufer den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange, und in diesem Falle kann Wandelung nur bis zum Ablauf der Frist beansprucht werden. Dies Recht hat der Verkäufer aber nur, wenn der Käufer „ihm gegenüber" einen Mangel der Sache behauptet; thut der Käufer dies zunächst nicht, so wird die Befugnis des Verkäufers illusorisch. Schollmeyer, Schuldv. S. 16 und Anm. 2 Endemann I, § 161 Anm. 19 a. A. Planck zu § 466 Z. 2.

durch einige derselben, die actio redhibitoria ausgeschlossen werde.[1]) Mag das nun der Billigkeit entsprechen oder nicht, auf jeden Fall darf man sich durch derartige Erwägungen nicht verleiten lassen, den Bestimmungen des Edikts, die nun einmal, auch in anderer Beziehung, übermässig streng gegen den Verkäufer waren, einen Sinn unterzuschieben, den sie unmöglich haben können. Wir werden daher die bezüglichen Quellenstellen sorgfältig zu untersuchen haben. Unsere Frage ist in neuerer Zeit von Eck in der Festgabe für Beseler sehr eingehend erörtert worden. Die Resultate, zu denen Eck gelangt, stehen zum grossen Teil mit der herrschenden Ansicht im Widerspruch, sind aber, da sie direkt aus den Quellen hergeleitet werden, in den Hauptpunkten unanfechtbar.

Im B. G. B. ist die Frage zwar in den §§ 467, verbunden mit 351—354, geregelt worden, jedoch ist auch hier noch manchem Zweifel Raum gelassen.

Die Verfügungen, welche der Käufer über die Kaufsache treffen kann, zerfallen ihrer Natur nach in solche, welche eine physische und in solche, welche eine juristische Veränderung der Kaufsache zur Folge haben. In die erste Gruppe gehören Vernichtung, Spezifikation und sonstige Veränderungen der Sache selbst, welche entweder Verschlechterungen oder Verbesserungen sein können, in die zweite Gruppe fallen die sogen. Verfügungen im engeren Sinne, nämlich Veräusserung und Belastung.

Die folgenden Untersuchungen werden sich nun hauptsächlich mit der actio redhibitoria bezw. der Wandelung des B. G. B. zu beschäftigen haben. Denn die actio quanti minoris geht, wie Hanausek[2]) zutreffend bemerkt, „durch keine wie immer geartete Verfügung über die Ware verloren“. Wie Eck[3]) nachweist, giebt es ausser der L. 47

[1]) Eck S. 161 ff.

[2]) Hanausek II, S. 278; vgl. I, S. 132, Seufferts Archiv III, Nr. 27.

[3]) Eck S. 168.

pr. D. 21, 1 keine Quellenstelle, welche von den Pflichten des Käufers bei der actio quanti minoris spricht. Die L. 47 handelt von der Freilassung des gekauften Sklaven durch den Käufer und schliesst für diesen Fall sowohl die actio redhibitoria als quanti minoris aus. Diese Bestimmung erklärt sich jedoch, wie unten zu erörtern ist, aus einer Besonderheit des Sklavenrechts und kann auf andere Verfügungen nicht analog angewendet werden.[1]) Da andere Stellen von irgend welchen Verpflichtungen des Käufers bei der actio quanti minoris nicht reden, so muss man notwendig folgern, dass die Klage immer statthaft bleibt, wie auch immer sich der Käufer der Kaufsache gegenüber verhalten hat, und in welchem Zustande sich auch die Sache bei Anstellung der Klage befinden mag, ja auch dann, wenn sie gar nicht mehr vorhanden ist. Und dies entspricht ja auch der Billigkeit; denn da der Käufer bei der quanti minoris die Sache nicht zurückzugeben braucht, so ist es für den Verkäufer, der einen Teil des Kaufpreises zurückerstatten oder sich abziehen lassen muss, ganz gleichgültig, was mit der Sache inzwischen vorgegangen ist.

Allerdings kann durch eine Verfügung des Käufers der Beweis der Mangelhaftigkeit und der Höhe des Minderwertes erschwert werden. Da die Frage nach der Beweislast auch für die actio redhibitoria wiederkehrt, so sei sie gleich hier erörtert. Stellt der Käufer die actio redhibitoria oder quanti minoris an, so hat er seine Behauptung, die Ware sei mangelhaft und daher minderwertig, zu beweisen. Hat er sich durch seine eigenen Handlungen den Beweis erschwert, so kann dies für den Verkäufer nur vorteilhaft sein; wie der Käufer den Beweis erbringen will, ist seine Sache.[2]) Aber auch, wenn der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises klagt und nun der Käufer seine Rechte wegen des Mangels im Wege der exceptio redhibitoria oder quanti minoris geltend macht,

[1]) Vgl. Seufferts Archiv V Nr. 269.

[2]) Vgl. hierüber Hanausek II, S. 275, 276.

hat der Käufer den Mangel zu beweisen. Zwar trifft den Verkäufer in diesem Falle der Beweis der Vertragsmässigkeit der gelieferten Sache. Das bezieht sich aber nach Dernburg[1]) nur darauf, dass das Geleistete „äusserlich in Ordnung, also dem Anschein nach vertragsmässig war". Behauptet der Käufer dagegen einen Mangel einer solchen äusserlich vertragsmässigen Leistung, so trifft ihn die Beweislast. Der dem Verkäufer hiernach noch obliegende Beweis kann ihm allerdings durch eine Verfügung des Käufers unmöglich gemacht oder erschwert sein. Ist dies der Fall, so muss „insofern eine Umkehrung der Beweislast eintreten, als der Verkäufer verlangen kann, dass seiner Behauptung, die Ware sei vertragsmässig, Glauben beigemessen werde, wenn nicht der Käufer mit anderen Behelfen deren Unwahrheit darthut".[2]) „Soweit daher die Produzierung der Ware dem Verkäufer zur Erbringung des ihm obliegenden Beweises hätte dienlich sein können"[3]) — und dies wird meist der Fall sein —, hat hiernach stets der Käufer den Beweis der Vertragswidrigkeit zu führen, auch wenn eigentlich der Verkäufer die Vertragsmässigkeit beweisen müsste. Denn mag auch die Verfügung des Käufers an sich berechtigt gewesen sein, so darf doch durch sie dem Verkäufer der Beweis nicht erschwert oder gar unmöglich gemacht werden. Anderenfalls „hätte der Käufer das evidente Interesse, die von ihm detinierte Ware, wenn irgend möglich, zu verheimlichen und deren Herausgabe, z. B. mit dem Vorgeben, er habe dieselbe verbraucht, zu verweigern."[4])

Auf die Frage, ob in einer Verfügung des Käufers ein Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel liegen könne, wird unten näher einzugehen sein. Hier sei nur bemerkt,

---

[1]) Dernburg, Pand. II. § 21, S. 62.

[2]) Hanausek II S. 275 u. Anm. 36, anders d. Erk. d. O. A. G. Lübeck in Seufferts Archiv III Nr. 28, vgl. Hanausek S. 274 Anm. 33.

[3]) Hanausek II S. 275.

[4]) Hanausek II S. 274, Anm. 33. Vgl. über die Frage auch Lepenau S. 14 ff.

dass einer Verfügung des Käufers allerdings unter ganz besonderen Umständen, zuweilen ein Verzicht entnommen werden kann, dass dies aber im Normalfalle nicht zutrifft.

Es liegt also kein Grund vor, die actio quanti minoris wegen einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auszuschliessen, und hierüber herrscht auch im allgemeinen Einigkeit.[1])

Auch im B. G. B. giebt es keinen Paragraphen, welcher die Minderung im Falle einer Verfügung des Käufers ausschliesst, während die Fälle, in denen die Wandelung ausgeschlossen sein soll, genau normiert sind (§§ 467, 351—353). Es folgt daraus unerlässlich, dass der Anspruch auf Preisminderung trotz aller Verfügungen des Käufers unberührt bleibt.

Dass sich bei der actio redhibitoria bezw. der Wandelungsklage des B. G. B. grössere Schwierigkeiten ergeben müssen, liegt auf der Hand. Denn hier soll der Käufer die Sache dem Verkäufer zurückerstatten, eine Verpflichtung, die er im Falle einer vorgenommenen Verfügung nicht oder nur unvollständig erfüllen kann.

Ehe ich nun auf die einzelnen Fälle der Verfügungen eingehe, will ich noch zwei allgemeine Gesichtspunkte erörtern, aus welchen man vielfach für alle oder mehrere Fälle der Verfügungen den Ausschluss der Redhibitoria hat herleiten wollen. Der eine ist die Annahme des Verzichts auf die Klage, der andere des Verlustes derselben wegen der nunmehrigen Unmöglichkeit der Rückgabe oder wenigstens der unveränderten Rückgabe der Sache.

Dass man aus einer Disposition des Käufers über die Sache nicht ohne Weiteres für alle Fälle einen Verzicht auf die aedilicischen Rechtsmittel folgern darf, ist selbstverständlich. Denn der Käufer, der vielleicht ohne Kenntnis des Mangels die Sache veräussert oder umgestaltet oder ver-

[1]) Vgl. Hanausek S. 263, 264, Anm. 12 u. 13; a. A. allerdings Treitschke § 100 S. 367, s. dort Anm. 1a.

nichtet, denkt dabei an nichts weniger als an eine Aufgabe jener Rechtsmittel, von denen er noch gar nicht einmal weiss, dass sie ihm zustehen.[1]) Aber auch wenn er die Mängel schon kennt, folgt aus einer Verfügung noch lange nicht ohne Weiteres ein Verzicht auf ihre Geltendmachung.[2]) Aus einer bestimmten Handlung eines anderen ein für alle Mal einen bestimmten Willen des Handelnden zu folgern, ist überhaupt nur dann zulässig, wenn es gesetzlich bestimmt ist, wie z. B. im B. G. B. mehrfach aus dem Stillschweigen dessen, der eigentlich reden sollte, ein bestimmter Wille fingiert wird.[3])

Eine derartige Bestimmung giebt es für unseren Fall weder im gemeinen Recht noch im B. G. B. Es fragt sich aber, ob nicht im Einzelfalle unter besonderen Umständen ein Verzicht vorliegen kann, und dies nehmen in der That sehr viele an. So erklärt Hanausek[4]) an mehreren Stellen, dass die Annahme eines Verzichts des Käufers auf Geltendmachung der Mängel „quaestio facti“ sei. Aehnlich sprechen sich viele Gerichte aus; so sagt ein Erkenntnis des O. A. G. Dresden[5]), es käme darauf an, ob die in Frage stehende Handlung des Käufers „eine andere Annahme als die nicht zulasse, dass sich derselbe der ihm zustehenden Ansprüche wirklich habe begeben wollen.“[6]) Ein solcher Fall kann allerdings wohl vorkommen, er wird aber äusserst selten sein. Denn es ist zu beachten, dass der Verzicht auf ein obliga-

[1]) Vgl. Kori in Langenns u. Koris Erörterungen II S. 83.

[2]) Thöl I § 83 S. 493: „ Es macht natürlich keinen Unterschied, ob der Käufer bei der Disposition wusste oder nicht, dass die Ware nicht empfangbar sei, obgleich im letzteren Falle ein Verzicht um so weniger angenommen werden darf.“

[3]) Z. B. B. G. B. §§ 108, 516, 1405.

[4]) Hanausek I S. 144, Anm. 32, S. 146; ähnl. Windscheid II § 394. Anm. 12a.

[5]) Seufferts Archiv II Nr. 24.

[6]) Ähnlich Seufferts Archiv II Nr. 170; V Nr. 263; VII Nr. 296; XXXII Nr. 122.

torisches Recht keine einseitige Willenserklärung ist, sondern Vertragsform erfordert. Dies Erfordernis des Verzichts hat zuerst Eck[1]) und nach ihm Hanausek[2]) hervorgehoben. Lepenau[3]) und Bellerstein[4]) wollen es nicht anerkennen und führen beide Fälle an, in denen man durch blosse Nichtausübung oder sonst einseitig auf ein Recht verzichten könne, z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft. Aber diese Fälle beruhen alle auf besonderer gesetzlicher Bestimmung, dafür, dass nicht in Ermangelung solcher zum Verzicht ein Vertrag nötig sei, beweisen sie nichts. Natürlich kann man auf ein Recht, dem kein bestimmter Verpflichteter gegenüber steht,[5]) wie z. B. Eigentum, einseitig verzichten, und auch in einigen anderen Fällen, z. B. beim Niessbrauch[6]), haben die Römer einen einseitigen Verzicht zugelassen, dass aber im übrigen, damit der Verzichtende gebunden ist, Annahme des Verzichts, also ein Vertrag erforderlich ist, scheint mir zweifellos zu sein. Denn wenn derjenige, zu dessen Gunsten der Verzicht erfolgt, diesen gar nicht kennt oder ihn nicht annimmt, so kann man doch dem Verzichtenden das Recht nicht absprechen, seinen Willen zu ändern und den Verzicht zurückzunehmen. Es kommt hinzu, dass ein Verzicht regelmässig eine Schenkung enthalten wird, welche sowohl im gemeinen Recht als auch im B. G. B. (§ 516,[1]) Vertrag erfordert. Übrigens schreibt das B. G. B. positiv für den Erlass, welcher sich wohl vom Verzicht kaum unterscheidet[7]), Vertragsform vor (§ 397). Ein Verzicht des Käufers auf seine Rechtsmittel liegt daher nur dann vor, wenn hierüber eine Willenseinigung zwischen Käufer und Verkäufer zu-

[1]) Eck S. 177, 173 ff; 183.

[2]) Hanausek II S. 264 u. Anm. 14; ebenso Kempkes S. 10 ff.

[3]) Lepenau S. 24.

[4]) Bellerstein S. 26.

[5]) Dernburg Pand. I § 83.

[6]) L. 64, L 65 pr. D. de usufructu 7, 1, ebenso B. G. B. § 1064.

[7]) Wer eine Schuld erlässt, verzichtet damit auf eine Forderung, Cosack I § 113.

stande gekommen ist[1]). Nun kann ja allerdings die Disposition des Käufers unter besonderen Umständen erfolgen, aus denen eine solche Willenseinigung zu entnehmen ist, ohne dass diese besonders erklärt wurde. Wir haben es dann eben mit stillschweigenden, aus konkludenten Handlungen zu schliessenden Willenserklärungen zu thun. Dieser Fall kann aber auch vorkommen, ohne dass der Käufer eine Verfügung über die Sache vornimmt, und wenn eine Verfügung stattfindet, so wird die Willenseinigung weniger aus dieser an sich, als vielmehr aus den begleitenden Nebenumständen sich ergeben. So kommt auch in dem von Eck (S. 184) gebildeten Beispiel der Verzicht nicht dadurch zustande, dass der Käufer die Sache ohne die Möglichkeit des Rückerwerbs weiter veräussert, sondern dadurch, dass er hiervon dem Verkäufer, augenscheinlich in der Absicht, auf sein Recht zu verzichten, Anzeige macht, und der Verkäufer dadurch, dass er nicht widerspricht, sein Einverständnis mit dem Verzicht erklärt. In diesem Sinne kann man allerdings sagen, dass in einer Verfügung des Käufers unter Umständen ein Verzicht enthalten sein kann, man darf ihn aber nur dann unterstellen, wenn wirklich eine Willenseinigung zwischen den Parteien vorliegt und muss damit um so vorsichtiger sein, als ein Verzicht „regelmässig die Absicht einer Liberalität voraussetzt, bei deren Annahme doppelte Vorsicht geboten ist".[2])

Ein zweiter Grund, aus welchem man die actio redhibitoria allgemein hat ausschliessen wollen, ist die in Folge der Verfügung des Käufers eintretende Unmöglichkeit, die Sache überhaupt oder wenigstens unverändert dem Verkäufer zurück-

---

[1]) Vgl. Motive z. 1. Entw. eines B. G. B. II S. 116 a. E.: „Um durch Verzicht ein Forderungsrecht zum Erlöschen zu bringen, ist erforderlich ein Verzichtsvertrag. Der einseitige, vom Schuldner nicht (vertragsmässig) angenommene Verzicht des Gläubigers ist unverbindlich. Hierin stimmt der Entwurf sowohl mit dem gemeinen Recht als mit der modernen Gesetzgebung überein", s. auch Windscheid II § 357.

[2]) Eck S. 183.

zugeben. Treitschke[1]) will sogar, „wenn der Käufer die Ware vernichtet, verzehrt, verarbeitet, wenn er sie, ohne sie wiedererlangen zu können, verkauft oder sich auf andere Weise ausser Stand gesetzt hat, sie im vorigen Stande zurückzugeben", nicht nur den Wandelungs-, sondern auch den Minderungsanspruch ausschliessen. „Denn ist die Ware nicht mehr vorhanden, so ist nicht nur die Redhibition von selbst ausgeschlossen, sondern auch keine Würderung und kein richterliches Ermessen über den Wert, mithin keine Preisminderung möglich." In ähnlichem Sinne sprechen sich, aber nur bezüglich der actio redhibitoria, nicht auch der quanti minoris aus: Thibaut[2]), Glück[3]), Gesterding[4]), Kempkes[5]) und zahlreiche Erkenntnisse[6]). Die hier ausgesprochene Anschauung gründet sich auf Quellenstellen, insbesondere auf L. 21 pr. D. h. t.: (Ulpian) „Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio"; ferner L. 23. § 7 D. eod.: „Julianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditiorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere", und L. 60. D. eod. (Paulus): „Facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessit". In diesen Stellen ist allerdings das Prinzip der Rückgabe der Sache und der in integrum restitutio bei der Redhibition sehr bestimmt ausgesprochen. Dennoch sind wir nicht berechtigt, hieraus den Schluss zu ziehen, die Redhibition sei immer ausgeschlossen, wenn diese Bedingungen nicht erfüllt würden,

[1]) Treitschke § 100, S. 567.

[2]) Thibaut I. § 498.

[3]) Glück, XX S. 75 Anm. 91.

[4]) Gesterding in Lindes Zeitschrift VI S. 40 ff.

[5]) Kempkes S. 14 ff. Holzschuher Theorie u. Cas. III § 244 zu Nr. 13 schliesst die Redh. nur bei Dispos. d. Käufers „nach erfahrenem Mangel" aus.

[6]) R. 6. H. G. XI Nr. 67 S. 202; Seufferts Arch. VII Nr. 296, XVI Nr. 106; Goldschmidt Z. f. H. R. XXV Nr. 104 S. 270.

und zwar aus dem einfachen Grunde nicht, weil die Römer selbst diese Grundsätze nicht streng durchgeführt haben. Die Quellen lassen nämlich — dies ist zweifellos und unbestritten — die Redhibition zu, wenn die Kaufsache durch Casus oder durch Culpa[1]) des Käufers oder seiner Angehörigen zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden ist.

Dass trotz zufälligen Unterganges oder zufälliger Verschlechterung der Sache wegen eines Mangels die Rückerstattung des Kaufpreises ohne Wertersatz verlangt werden kann, bestimmen L. 31 § 6; L. 38 § 3; L. 47 § 1 D. h. t.[2]).

Aber nicht nur, wenn die Sache durch Zufall, sondern auch wenn sie durch die Handlungen oder Unterlassungen des Käufers vorsätzlich oder fahrlässig verschlechtert worden ist, bleibt der Redhibitionsanspruch bestehen. Dies ergiebt sich unzweideutig aus L. 1 § 1; L. 23 pr., L. 25 pr. § 1:L. 31 § 6 D. h. t.; welche davon reden, dass der gekaufte Sklave „opera emptoris“ oder „ab emptore“ oder schlechthin, dass er „deterior factus est“, und in L. 31 § 9 D-eod. steht sogar deutlich „si culpa vel dolo fecerit rem deteriorem“. Diese Stellen bestimmen sämtlich, dass der Käufer bei der Redhibition für den Schaden aufzukommen habe, den er der Sache zugefügt hat, woraus sich ergiebt, dass in diesen Fällen die Redhibitoria trotz der Verschlechterung dem Käufer erhalten bleibt.

Er muss aber nach L. 25 § 1—§ 5 D.eod für eine von ihm selbst oder durch seine Familie, d. h. seine Sklaven und Hauskinder, oder seinen procurator herbeigeführte Verschlechterung Ersatz leisten. Man streitet über den Grund dieser ausgedehnten Haftung. Dieselbe entspricht nur der Billigkeit Denn die Bestimmung, dass der Verkäufer bei zufälliger Verschlechterung oder Vernichtung der Kaufsache die Redhibition auch dann ohne Wertersatz annehmen muss, wenn das schädigende Ereignis die Sache bei ihm, wenn er

[1]) In diesem Falle muss Wertersatz eintr. S. unten.

[2]) Lepenau S. 41 ff und S. 22 ff; Hanausek I S. 142 und dort Anm. 27 Citierte; Gesterding a. a. O. S. 34 ff.

sie nicht verkauft hätte, nicht betroffen haben würde, erscheint schon als eine grosse Benachteiligung des Verkäufers, zumal doch in den meisten Fällen auch die mangelfreie Sache beim Käufer wahrscheinlich von dem Zufall betroffen worden wäre. Es ist daher nur ein Erfordernis der Gerechtigkeit, dass der Käufer wenigstens den Schaden ersetzen muss, der von Personen angerichtet ist, die auch nur in irgend einem Zusammenhang zu ihm stehen.[1]) Hängt die Verschlechterung aber mit dem Verkaufe nicht zusammen, d. h. hätte die Person, für welche der Käufer zu haften hat, die schädigende Handlung auch vorgenommen, wenn die Sache beim Verkäufer verblieben wäre, so braucht der Käufer keinen Ersatz zu leisten, vielmehr schreibt L. 25 § 4 D. h. t. für diesen Fall vor: „in eo concedi emptori servi sui noxae deditionem, et ex eo quod procurator commisit, solum actionum praestandarum necessitatem ei inungi."

Für die Ersatzpflicht des Käufers an sich kommt es nicht darauf an, ob die Thätigkeit, welche die Verschlechterung verursacht, „an sich eine dolose bezw. culpose ist oder nicht."[2]) Dies ergiebt sich daraus, dass in den Quellen, wie wir sahen, die Fälle promiscue behandelt werden. Daher muss der Käufer auch z. B. für die Abnutzung der gutgläubig in Gebrauch genommenen Sache Ersatz leisten. Eine andere Frage ist aber die nach der Art und Höhe des zu leistenden Ersatzes. Hierüber sagen die Quellen garnichts, sie bestimmen nur ganz allgemein, der Käufer habe die Verschlechterung zu praestieren. Während nun Hanausek[3]) den Käufer

[1]) Vgl. v. Wyss S. 86; Ubbelohde in Goldschmidts Z. f. H. R. VII S. 206; Goldschmidt das. XVI S. 337 Anm. 1. Sehr gezwungen sind die Ansichten von Hanausek I S. 145 und Burchardi S. 108, Anm. 64. Vgl. über die Frage u. d. einschlägige Litteratur auch Lepenau S. 18, 19.

[2]) Hanausek I S. 143, 144. Für die entgegengesetzte Ansicht Regelsbergers in Grünhuts Zts. XI S. 438 ff., dass eine Ersatzpflicht nur bei Verschulden des Käufers eintrete, geben die Quellen keinen Anhalt.

[3]) Hanausek II S. 278 ff. Anm. 42.

stets auf das volle Interesse haften lassen will, setzt Eck[1]) eine solche Haftung nur für den Fall fest, dass der Käufer die Sache culpos verschlechtert hat, da nach allgemeinen Regeln jeder Schuldner, der infolge von culpa die Leistung nicht gehörig bewirken kann, auf das volle Interesse haftet. Hieraus muss man wohl mit Lepenau[2]) entnehmen, dass Eck im Fall unverschuldeter Verschlechterung nur Ersatz des einfachen Sachwertes verlangt. Ich halte diese Regelung auch für die billigste. Nehmen wir z. B. an, es hat jemand einen Anzug gekauft und in Gebrauch genommen, nach einem Monat aber bemerkt, dass der Stoff ganz minderwertig ist. Es ist nicht einzusehen, warum er nun dem Verkäufer etwa das ersetzen sollte, was dieser durch einen vorteilhaften Verkauf des Anzuges, wenn er noch unbenutzt wäre, jetzt erzielen könnte. Denn nur bei der Benutzung konnte der Käufer ja überhaupt die Mangelhaftigkeit erkennen. Dass er aber ersetzen muss, was der Anzug an Wert verloren hat, erscheint nur billig, denn dafür hat er ja die Benutzung in der Zwischenzeit gehabt.

Verschlechtert dagegen der Käufer die Sache schuldhaft, d. h. culpos oder dolos, so muss er als Aequivalent dafür, dass ihm überhaupt noch die Redhibition gestattet wird, dem Verkäufer wenigstens für den gesamten Schaden aufkommen. Wenn er sieht, dass er hierbei schlecht fahren werde, kann er ja statt der actio redhibitoria die quanti minoris anstrengen.

Wir kommen nun zu den Fällen der schuldhaften Vernichtung der Kaufsache durch den Käufer. Ich möchte hier zunächst noch eine Bemerkung voranschicken. Die Verwirrung, welche in der juristischen Litteratur über diese Frage herrscht, ist m. E. dadurch noch vergrössert worden, dass man sich vielfach über die Bedeutung der Begriffe Culpa und dolus nicht klar geworden ist. Culpa wird hier

[1]) Eck S. 167, 168.
[2]) Lepenau S. 32 ff. Anm. 2.

von manchen bald in der Bedeutung von Fahrlässigkeit, bald als Verschulden im allgemeinen gebraucht, und Dolus finden wir einmal mit Vorsatz, ein anderes Mal mit Absicht übersetzt. So spricht Bellerstein[1]) einmal von „doloser oder sonst wie culposer" Vernichtung, fasst also culpa hier offenbar als Verschulden überhaupt auf; Kempkes[2]) versteht unter culpa, wie mir scheint, nur Fahrlässigkeit, übersetzt es dabei aber des öftern mit „Schuld", ebenso wie Lepenau[3]), wenn er von „vorsätzlichem oder schuldhaftem Vorgehen" spricht. In dem Abschnitt über Vernichtung der Kaufsache spricht Kempkes[4]) durcheinander von absichtlicher oder von doloser Vernichtung. Angesichts dieser Unsicherheit halte ich es für zweckmässig, die Bedeutung der genannten Begriffe für unsere Darstellung zunächst einmal festzustellen.

Culpa ist ja allerdings ursprünglich der allgemeine, jegliches Verschulden umfassende Begriff, hat aber später die engere Bedeutung von „Fahrlässigkeit" bekommen und wird von den Juristen technisch fast immer in dem letzteren Sinne, nur ganz ausnahmsweise allgemein gebraucht.[5]) Dass letzteres in dem hier in Betracht kommenden Abschnitt der Digesten nicht der Fall ist, ergiebt sich u. a. schon daraus, dass in L. 25 § 5; L. 31 § 9 D. h. t. culpa und dolus einander gegenüber gestellt werden und dass in L. 31 § 12 von „culpa omnis" im Gegensatz zu „culpa lata" die Rede ist. Unser Wort „Verschulden" hat aber nicht diese engere Bedeutung der culpa, sondern wird ganz allgemein verwendet. Dolos oder wie das B.G.B. sagt, vorsätzlich[6]) handelt der Schuldner in Bezug auf seine Verbindlichkeit, wenn er bei der Handlung die Vorstellung hat, er werde infolge derselben seine Ver-

[1]) Bellerstein S. 14 Anm. 4.

[2]) Kempkes S. 23 ff.

[3]) Lepenau § 13; auch Gesterding a. a. O. scheint mir unter Verschuldung nur Fahrlässigkeit zu verstehen.

[4]) Kempkes § 5 S. 22 ff.

[5]) Pernice Labeo II 1 S. 129 ff.; Windscheid I § 101. Anm. 7.

[6]) Der Vorsatz des B.G.B. ist „im Wesentlichen entsprechend dem bisherigen Dolus" Oertmann zu § 276 Z. 1a.

pflichtung, also hier die Verpflichtung zur Rückgabe der Sache bei der Redhibition, nicht erfüllen können, oder wenn er gerade diesen Erfolg beabsichtigt hat.[1]) Dolus kann daher natürlich nur vorliegen, wenn der Käufer den Mangel der Sache schon kennt, culpa auch dann, wenn er ihn infolge von Fahrlässigkeit nicht kennt. Unter anderen Umständen kann überhaupt von Verschulden eigentlich nicht die Rede sein. Wir dürfen daher dolus nicht mit Absicht übersetzen, denn absichtlich kann auch die vor Kenntnis des Mangels vom Käufer vorgenommene, also unverschuldete Vernichtung der Sache sein, dolos aber ist nur die auf Vereitelung der Restitution der Sache gerichtete Absicht. Dolos handelt der Käufer ferner, wenn er bei seiner Handlung die Vorstellung hat, dass er dadurch die Naturalredhibition unmöglich macht, und culpos oder fahrlässig, wenn er diese Vorstellung zwar nicht hat, aber haben könnte und müsste. Richtet der Käufer aber vor Kenntnis des Mangels die Sache durch Anwendung nicht genügender Sorgfalt oder absichtlich zu Grunde, so kann man sein Vorgehen weder als culpos noch als dolos bezeichnen. Denn mag eine solche Behandlung auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus zu verurteilen sein, so wird doch niemand darin ein Verschulden im Rechtssinne erblicken wollen. In diesem Falle und ebenso wenn der Käufer die Sache ihrer Bestimmung gemäss, z. B. durch Verbrauch, vernichtet, muss das Redhibitionsrecht erhalten bleiben, schon deshalb, weil es, wie wir unten sehen werden, auch bei culposer, also in fahrlässiger Unkenntnis oder in Kenntnis des Mangels fahrlässig vorgenommener Vernichtung, bestehen bleibt. Dass der Käufer bei schuldloser Vernichtung bei der Redhibition den Sachwert ersetzen muss, ist zwar in den Quellen nicht besonders bestimmt, aber wohl durch analoge Anwendung der Bestimmungen über die Verschlechterung zu folgern.

Ueber den vom Käufer im Falle culposer Vernichtung

[1]) Schollmeyer Komm. zu § 276 Z. 1a; Planck I S. 35.

der Kaufsache zu leistenden Ersatz bestimmen die Quellen in L. 31 §§ 11, 12 h. t. folgendes:

(Ulpianus) § 11: „Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: namsi culpa eius decessit, pro vivo habendus est et praestantur ea omnia, quae praestarentur, si viveret."

§ 12: „Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcumque occassionem morti emptor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum sed culpa sua."

Hier ist gesagt, dass wenn der Tod des Sklaven durch Fahrlässigkeit und zwar auch durch geringe Fahrlässigkeit des Käufers veranlasst sei, der Käufer dem Verkäufer alles zu erstatten habe, was dieser bekäme, wenn der Sklave noch lebte, d. h. er hat dem Verkäufer das gesamte Interesse zu ersetzen, welches dieser an der Naturalrestitution hat; denn der Sklave wird eben als noch lebend angesehen: pro vivo habendus est![1]) Natürlich ist hieraus nicht zu schliessen, dass der Käufer, wenn er durch seine Thätigkeit, aber ohne dass ihn ein Verschulden trifft, die Sache zu Grunde gerichtet hat, garnichts, sondern vielmehr, dass er dann nur den einfachen Sachwert zu ersetzen habe. Dass also trotz culposer Vernichtung der Sache das Redhibitionsrecht des Käufers bestehen bleibt,[2]) geht aus dieser Stelle deutlich hervor und erscheint dem Juristen offenbar so selbstverständlich, dass er eine besondere Erwähnung garnicht für nötig hält, sondern nur die sich daraus ergebenden Folgen behandelt.

Für eine dolose Vernichtung der Kaufsache beweisen die angeführten Stellen garnichts, denn sie sprechen doch

[1]) a. A. Glück XX S. 75 Anm. 91.

[2]) Dennoch ist dies nicht unbestritten, a. A. Treitschke § 100. Unterholzner Schuldvh. II S. 275; Glück, s. vorige Anm.

deutlich nur von culpa. Dies ist merkwürdiger Weise mehrfach übersehen worden. So führt Lepenau (S. 13), wie schon Kempkes (S. 23) ihm nachweist, die L. 31 §§ 11, 12 offenbar zum Beweis dafür an, dass auch bei doloser Vernichtung der Kaufsache die actio redhibitoria bestehen bleibe. Eck sagt auf Seite 166 wörtlich: „aber auch, wenn jene Unmöglichkeit (die Sache überhaupt oder unversehrt zurückzugeben) fahrlässig oder vorsätzlich vom Käufer selbst oder durch eine von ihm zu vertretende Handlung herbeigeführt war, galt der Redhibitionsanspruch mit nichten als erloschen." Als Beweis für diesen Satz führt er dann auf S. 168 an: L. 1 § 1, L. 23 pr., L. 25 pr.—§ 8, L. 31 § 9 D. h. t., welche sich auf die Verschlechterung beziehen, und für die Vernichtung L. 31 § 11, 12 D. h. t., welche, wie wir sahen, nur von culposer, nicht aber von doloser Vernichtung der Kaufsache handelt. Entscheidendes Gewicht legt Eck hierbei auf das „quamcunque occasionem morti emptor praestitit" in § 12; und in der That könnte man zuerst glauben, dass dies auch den dolus mit umfasse. Aus dem Zusammenhange, besonders aus den Worten „non utique latam" folgt aber, dass die angeführten Worte sich nicht auf dolose Vernichtung beziehen, vielmehr nur ausdrücken sollen, dass der Käufer, auch wenn ihm nur die kleinste Fahrlässigkeit (culpa levissima) zur Last fiele, dem Verkäufer beim Tode des Sklaven das volle Interesse ersetzen müsse.[1])

Dem Satze, dass trotz culposer Vernichtung der Kaufsache die Redhibition gestattet bleibt, scheinen nun zu widersprechen L. 47 § 1, L. 48 pr. D. h. t., welche lauten:

L. 47 § 1 (Paulus) „Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent,"

L. 48 pr. (Pomponius libro vicesimotertio ad Sabinum) „si tamen sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris mortuus sit".

Diese beiden Sätze sind wahrscheinlich von den Kompilatoren

[1]) So Kempkes S. 25; Gesterding a. a. O. 35 ff.

ungeschickterweise sinnentstellend zusammengefügt worden [1]. Denn wie sie hier stehen, würden sie bedeuten, dass der Käufer, durch dessen culpa der Tod des Sklaven herbeigeführt wurde, beide aedilicischen Rechtsmittel verliert. Dass aber die actio quanti minoris durch das, was mit der Kaufsache vorgeht, überhaupt nicht berührt wird, und dass auch bei culposer Vernichtung der Sache die Erhaltung der Redhibitoria in anderen Stellen ausgesprochen ist, haben wir bereits festgestellt. Man kann nun, mit Eck, unmöglich annehmen, dass Iustinian durch diesen einen Satz ohne weitere Begründung, noch dazu durch ein argumentum a contrario, eine so wichtige, zahlreichen anderen Stellen widerstreitende Neuerung einführen wollte. Übrigens könnte man auch bei Fortlassung des zweiten Satzes doch aus dem „post mortem autem hominis aediliciae actiones manent" nichts für dolose oder auch nur culpose Vernichtung der Sache folgern; denn mors ohne weiteren Zusatz bezieht sich immer nur auf den natürlichen, nicht auch auf einen gewaltsam herbeigeführten Tod. Und dasselbe ist auch, mit Kempkes (S. 24), für die L. 31 § 6 D. h. t. zu sagen, wo es heisst, dass „homine mortuo . . . singulos (heredes) pro suis portionibus recte agere".

Mit allem bisher Gesagten scheint nun im Widerspruch zu stehen L. 47 pr. D. h. t. (Paulus): „Si hominem emptum manumisisti, et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi Labeo ait, sicut duplae actio periret: ergo et quod adversus dictum promissumve (commissum) [2] sit, actio peribit".

Dieser Stelle, welche bei Freilassung des gekauften Sklaven sämmtliche Rechtsmittel aus dem Edikt abschneidet, hat man vielfach auch andere Dispositionen des Käufers unterstellen wollen, bei denen gleichfalls die Rückgabe der Sache unmöglich ist, also insbesondere Vernichtung und Veräusserung der Sache [3]. Dass dies nicht richtig sein kann,

[1]) Eck, S. 170, 171.

[2]) Mommsen ins.

[3]) Westphal § 520; Glück XX S. 95; Treitschke § 100; Gesterding S. 40, 41; Windscheid II § 394 Anm. 12a.

geht schon daraus hervor, dass die zitierte Stelle auch die actio quanti minoris ausschliesst, welche doch sonst bei allen Verfügungen dem Käufer verbleibt. Eck[1]) hat nun überzeugend nachgewiesen, dass eine analoge Anwendung der L. 47 pr. auf andere Verfügungen nicht angängig ist, weil die Vorschrift sich aus einer Besonderheit des Sklavenrechts erklärt: „denn durch die Freilassung wird eben aus der bisherigen Sache ein liberum corpus quod non recipit aestimationem (L. 7 D. de his qui effud. 9, 3)". Und wirklich würde es wohl häufig zu unerträglichen Konsequenzen geführt haben, wenn man es zugelassen hätte, dass über die körperlichen Mängel eines freien Menschen und über die Wertverringerung, die er durch sie früher als Sklave erlitten hatte, öffentlich verhandelt werde, und wenn man ihn womöglich genötigt hätte, sich zwecks Feststellung seiner Fehler vor Gericht besichtigen zu lassen. „Aus diesem Grunde will Paulus im Anschluss an Labeo nicht blos die aedilicischen, sondern auch die anderen, auf die frühere Sklavenqualität des Mannes gegründeten Klagen gleich von vornherein denegiert wissen"[2]). Die L. 47 pr. müssen wir daher für unsere Untersuchungen überhaupt ausscheiden.

Nach dem Gesagten kommen wir zu dem Ergebnis, dass die Quellen bei culposer Vernichtung der Kaufsache durch den Käufer die Redhibition gegen Schadenersatz zulassen.

Für die dolose Vernichtung geben weder die angeführten, noch irgend welche anderen Quellenstellen einen Anhalt, und es haben sich infolge dessen über diese Frage in Wissenschaft und Praxis die widersprechendsten Ansichten gezeigt, über die ich zunächst eine Übersicht geben will.

Die älteren Schriftsteller schliessen durchweg, wie bei jeder freiwilligen Entäusserung, so auch bei vorsätzlicher Vernichtung der Kaufsache die Redhibition aus. So Westphal

[1]) Eck S. 171 ff.
[2]) Eck S. 172.

§ 520: „der Käufer ist garnicht zu hören"; Treitschke § 100 schliesst beide aedilicischen Rechtsmittel aus, „wenn der Käufer die Sache vernichtet, verzehrt, verarbeitet" etc.; ähnlich Glück XX S. 100, S. 75 Anm. 91; Kori in Langenn's und Kori's Erörterungen II S. 84 (allerdings nur für „verzehrliche Sachen"); Gesterding a. a. O. S. 41: das Redhibitionsrecht „fällt weg, wenn der Käufer das Objekt veräussert oder zerstört"; Thibaut Pand. I. § 498: Käufer hat kein Klagerecht, wenn er sich durch seine freien Handlungen ausser Stande setzt, die Sache zurückgeben zu können"; Windscheid II S. 646: „Dagegen hat der Käufer einen Anspruch gegen den Verkäufer nicht, wenn der Grund, weswegen er die Kaufsache nicht zurückgeben kann, seine freiwillige Entäusserung ist". Ebenso sagt Unterholzner Schuldvh. II S. 270: „hat der Käufer die Rückgabe durch Verschulden sich unmöglich gemacht, so kann das Recht der Rückgabe nicht weiter ausgeübt werden". Ganz anders aber äussert sich derselbe im Archiv f. d. civil. Pr. VI S. 92: „aber auch wenn diese Unmöglichkeit (der Zurückgabe) durch eine den Käufer verantwortlich machende (eigene oder fremde) Schuld herbeigeführt worden ist, findet die Redhibition insofern statt, als anstatt der zu redhibierenden Sache das id quod interest erstattet wird "

Dieser letzten Ansicht der Aufrechterhaltung der Redhibitoria in jedem Falle der Zerstörung der Sache sind ausserdem mehrere Neuere. So Sintenis Pand. II S. 624 ff. Anm. 14: „Hat der Käufer den Gegenstand des Kaufes nicht mehr, um ihn zurückgeben zu können, sei es infolge geschehener Entäusserung oder erfolgten Unterganges derselben, so ist darum diese Klage nicht weniger möglich, und es kommt nur darauf an, ob ihm im letzteren Falle irgend eine Schuld zur Last fällt, dann nämlich hat er anstatt der Sache deren Wert in Geld zu ersetzen . . . . Entgegengesetzten Falles erledigt sich die Verpflichtung zur Zurückgabe ganz und gar". Ähnlich Dernburg Pand. II § 101 Anm. 10: „Nicht einmal verschuldete Zerstörung der Ware nimmt dem Käufer

den Redhibitionsanspruch.“ [1]) Ebenso spricht sich Eck a. a. O. S. 166 für die Erhaltung der Redhibitoria trotz doloser Vernichtung der Kaufsache aus, und derselben Ansicht ist Hanausek I S. 143 ff. und II S. 278 ff.: „Aber auch der Redhibitionsanspruch des Käufers wird durch eine wie immer geartete Verfügung desselben über die Substanz der Ware nicht berührt.“ Beiden schliessen sich an Lepenau (S. 13 ff.) und Bellerstein (S. 14 ff.), während Kempkes (S. 23 ff.) diese Ansicht bekämpft.

Die Praxis bietet ein ähnliches Bild wie die Wissenschaft. Für den Ausschluss der Redhibitoria erklären sich z. B. die Entscheidungen bei Seuffert II Nr. 24 u. 170, R. 60. H. G. XI. Nr. 67, dagegen Seuffert XIX Nr. 131; XXI Nr. 34 für Erhaltung der Redhibitoria bei vorsätzlicher Vernichtung der Kaufsache.[2])

Warum haben nun wohl die römischen Juristen diese wichtige Frage, die sich ihnen doch auch aufgedrängt haben muss, nicht geregelt? Kempkes[3]) meint, man müsse daraus schliessen, dass sie bei vorsätzlicher Vernichtung die Redhibition dem Käufer versagen wollten, da sie dieselbe doch bei zufälligem und culposem Untergang ausdrücklich zuliessen, und man nicht annehmen könnte, dass sie die dolose Vernichtung vergessen hätten. Allerdings wäre dies kaum glaublich. Die Beweisführung Kempkes ist aber nicht zwingend, denn man kann auf demselben Wege genau zu dem entgegengesetzten Schlusse gelangen, indem man sagt, dass die Quellen, da sie in einem Falle der schuldhaften, nämlich bei der culposen Vernichtung, die Redhibition zuliessen, besondere Bestimmungen hätten treffen müssen, wenn sie dieselbe in dem anderen Falle, nämlich bei der dolosen Vernichtung, hätten

[1]) Dass Kempkes (S. 23 o.) hieraus Dernburg die entgegengesetzte Meinung unterlegen will, kann ich mir nur daraus erklären, dass er „verschuldet“ gleich „fahrlässig“ setzt.

[2]) Im übrigen verweise ich auf die Zusammenstellung bei Eck S. 164 Anm. 5.

[3]) Kempkes S. 28.

ausschliessen wollen. Die letztere Annahme aber halte ich für die richtige. Man muss nämlich wohl beachten, dass die Quellen nur an einer Stelle, nämlich bei casuellem Untergang, ausdrücklich die Erhaltung der Redhibitoria bestimmen, nämlich in der L. 47 § 1 D. h. t. Abgesehen davon, dass der Wert dieser Stelle für unsere Frage überhaupt, wie wir sahen, zweifelhaft ist, rechtfertigt sich diese besondere Bestimmung auch dadurch, dass hier wirklich eine Ausnahme statuiert wird, insofern die Redhibition trotz Untergangs der Sache schlechthin ohne Wertersatz zulässig bleibt. In den anderen Stellen aber, welche die culpose oder dolose Verschlechterung behandeln, ist nirgends ausdrücklich gesagt, dass der Käufer trotz dieser Verfügungen noch redhibieren könne, sondern nur, dass er bei der Redhibition den Wert bezw. das Interesse zu ersetzen habe. Dass die Redhibitoria dem Käufer erhalten bleibt, wird dabei, als selbstverständlich, garnicht erwähnt. Hieraus scheint mir doch deutlich das Prinzip hervorzugehen, dass der Käufer bei jeder Veränderung der Kaufsache, also auch bei doloser Vernichtung derselben, noch redhibitorisch klagen kann Für letzteren Fall seine Ersatzpflicht noch besonders zu statuieren war nicht nötig, da in dieser Beziehung, was für Culpa gilt, natürlich erst recht auf den Dolus Anwendung finden muss.

Wir sehen also, dass die Quellen auch bei doloser Vernichtung der Kaufsache grundsätzlich die Redhibition zulassen, eine andere Frage ist aber, ob der Käufer in solchem Falle praktisch immer mit seinem Anspruche durchdringen wird. Von einer dolosen Vernichtung kann, wie wir schon sahen, nur dann die Rede sein, wenn der Käufer den Mangel der Sache schon kennt. Man darf nicht etwa sagen, der Käufer wisse ja schon bei Abschluss des Kaufes, dass er im Falle eines Mangels redhibieren könne und dass er dann die Sache zurückgeben müsse, und daher sei auch eine vor Kenntnis des Mangels willkürlich vorgenommene Verfügung dolos. Das ist nur beim vertragsmässig ausbedungenen Rücktrittsrecht zutreffend, der Käufer einer Sache denkt im

allgemeinen an nichts weniger als an Wandelung und Rückgabe der Sache, und man kann dies auch unmöglich von ihm verlangen.

Aber auch eine in Kenntnis des Mangels vom Käufer vorgenommene Vernichtung wird in vielen Fällen vollkommen berechtigt oder sogar notwendig sein Tötet z. B. der Käufer das gekaufte Tier wegen Ausbruchs einer Seuche unter seinem Viehstande oder reisst er das Haus zur Eindämmung einer Feuersbrunst nieder, so würde ein solcher Fall „als Untergang der Sache durch casus, vis maior zu betrachten sein, sodass den Käufer nicht einmal die Ersatzpflicht träfe.“ [1]) Aber auch andere Fälle, in denen die Vernichtung nicht so unumgänglich erscheint, wird man dem Käufer nicht als Verschulden anrechnen dürfen. Man nehme den Fall, dass ein Restaurateur das für ein Festessen bestellte und ihm erst kurz vorher gelieferte Fleisch, obgleich er erkennt, dass es alt und zähe ist, seinen Gästen vorsetzt, weil er sich kein anderes mehr verschaffen kann.[2]) Hierin würde sicher kein Verschulden des Wirtes liegen und er könnte daher gegen einfachen Wertersatz Redhibition verlangen.

Ein dolus des Käufers liegt nur dann vor, wenn er die Sache unnötiger oder unzweckmässiger Weise nach Erkenntnis des Mangels vernichtet, z. B. er verbraucht die gelieferten mangelhaften Waren, während er sich mühelos andere hätte verschaffen können, oder er vernichtet die Sache aus Mutwillen oder gerade, um den Verkäufer bei der Redhibition zu schädigen. Auch in diesen Fällen bleibt nach den Quellen die Redhibition grundsätzlich dem Käufer gestattet. Jedoch wird der Verkäufer sie dadurch vereiteln können, dass er dem Käufer die exceptio doli entgegensetzt. Denn wenn der Käufer auch formell zur Redhibition berechtigt ist, so handelt

[1]) Kempkes S. 31.

[2]) Die Frage nach der Zulässigkeit der aedilicischen Rechtsmittel beim Genuskauf ist nach richtiger Ansicht zu bejahen, Dernburg Pand. II § 101 No. 3 u. dort Anm. 24 Citierte; a. A. Thöl I § 83, Windscheid II § 394 Nr. 5. Vergl. BGB § 480.

er doch unrecht, wenn er sie verlangt, nachdem er selbst vorsätzlich die Rückgabe der Sache unmöglich gemacht hat; und gerade für diesen Fall, „wenn das Klagerecht dem wahren Rechte widerstreitet“,[1]) ist die exceptio doli generalis gegeben[2]). So wird also der dolose Käufer in den meisten Fällen die Redhibition nicht durchführen können[3]). Es ist aber denkbar, dass der Verkäufer die exceptio doli nicht erhebt, und dann kann die Redhibition auch bei doloser Vernichtung der Kaufsache stattfinden. Denn an sich besteht der Redhibitionsanspruch fort, es wird nur seine Durchführung durch die Einrede des Verkäufers und das mir ihr verbundene Retentionsrecht des Kaufpreises gehindert.

Gegen die Zulassung der Redhibitoria bei Vernichtung der Kaufsache darf man übrigens nicht einwenden, dass bei Ausschluss derselben das Interesse des Käufers durch die actio quanti minoris genügend gewahrt werde. Denn dies ist nur dann der Fall, wenn der gezahlte Kaufpreis sich mit dem Werte der Sache in mangelfreiem Zustande deckt oder noch geringer ist. Hat jemand z. B. ein Pferd, das mangelfrei 1000, mit dem Mangel aber nur 500 wert ist, für 1000 gekauft, so erhält er bei der Redhibitoria (da er 500 als Wert des getöteten Pferdes erstatten müsste) wie bei der quanti minoris 500 heraus; hat er nur 800 gezahlt, so ist die quanti minoris sogar günstiger für ihn, denn er bekäme mit derselben (nach der relativen Preisminderungstheorie[4])) 400, mit der Redhibitoria aber nur 300 (800 — 500) zurück. Hat er aber für das Pferd 1500 bezahlt, so korrigiert er durch die Redhibition die Zuvielzahlung, da er 1000 (1500 — 500) zurückerhält, während er mit der quanti minoris nur 750

[1]) Dernburg Pand. I S. 327.

[2]) Über die Anwendbarkeit der exc. d. g. im gem. R. vgl. Dernburg Pand. I S. 328 letzt. Abs. u. Anm. 19; a. A. Windscheid I § 47 Anm. 7.

[3]) Vgl. auch Eck S. 185 u. das unten bei der Veräusserung Gesagte.

[4]) Vgl. B. G. B. § 472.

(1000 : 500 = 1500 : x; x = 750) bekommt[1]). Allerdings wird sich der Käufer, wenn er dem Verkäufer das Interesse vergüten müsste, also gerade bei culposer und doloser Vernichtung der Sache, trotzdem bei der quanti minoris häufig besser stehen.

Wir haben nunmehr zu untersuchen, welchen Einfluss nach dem B. G. B. die Verschlechterung und die Vernichtung der Kaufsache auf das Wandelungsrecht des Käufers hat.

Das B. G. B. hat in den §§ 346—361 das vertragsmässige Rücktrittsrecht als einheitliches Institut geregelt. Die Vorschriften über den Rücktritt finden aber auch auf die Fälle des gesetzlichen Rücktrittsrechts[2]), insbesondere nach § 467 auf die Wandelung Anwendung, und wir werden daher § 467 in Verbindung mit den bezüglichen Vorschriften des Rücktritts zu erörtern haben.

Ebenso wie im gemeinen Recht, ist auch im B. G. B. bestimmt, dass bei der Wandelung die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben (§ 346). Die Wandelung soll bewirken, dass die Parteien „unter einander so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre“[3]). Wir haben aber schon gesehen, dass wie im gemeinen Recht so auch im B. G. B. dies Prinzip der beiderseitigen Rückgewähr der Leistungen nicht streng durchgeführt ist, da trotz zufälligen Untergangs der Kaufsache der Wandelungsanspruch des Käufers fortdauert (§ 350). Diese Bestimmung entspricht meiner Meinung nach nicht, wie man meist mit den Motiven (II S. 282) annimmt, dem Prinzip des § 346, und auch nicht immer der Billigkeit. Denn man muss bedenken, dass einerseits in vielen Fällen die mangelfreie Sache dem Käufer genau so untergegangen wäre wie die mangelhafte, und dass

[1]) S. auch die Beispiele bei Eck S. 166 ff.; Kempkes S. 27 Anm. 25; Lepenau S. 27 Anm. 2.

[2]) So §§ 280², 286², 325—327, 527; vgl. Oertmann Vorbemerkung 1 zu § 346.

[3]) Motive II S. 280.

andererseits der Zufall die Sache beim Verkäufer meistens nicht betroffen haben würde. Die einfache Regelung des § 350 rechtfertigt sich daher nur aus der Vermeidung der Schwierigkeiten, welche sich aus einer Unterscheidung der einzelnen Fälle praktisch ergeben würden. Dass sie zu Härten führen kann, wird auch in den Motiven (II S. 231) zugegeben.

Ehe wir nun mit der Betrachtung der Verfügungen des Käufers über die Kaufsache beginnen, müssen wir einen Blick auf die eigentümliche Gestaltung werfen, welche die Wandelung und Minderung im B. G. B. gefunden haben. Während die aedilicischen Rechtsmittel des römischen Rechts hauptsächlich auf die Durchsetzung der Ansprüche des Käufers im Prozess zugeschnitten sind, hat das B. G. B. eine vertragsmässige Auseinandersetzung zwischen den Parteien im Auge.[1]) Nach § 465 ist die „Wandelung oder Minderung vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt". Die Wandelung und Minderung vollziehen sich also geradezu in der Form eines Vertrages, „der den alten Vertrag entweder ablöst oder entsprechend modifiziert"[2]). Klagt der Käufer, so lautet das Urteil nicht auf Herausgabe der beiderseitigen Leistungen, bezw. auf Herabsetzung des Kaufpreises, sondern es wird zunächst nur die fehlende Zustimmung des Verkäufers in die Wandelung oder Minderung durch Urteil ersetzt.[3]) Während daher im gemeinen Recht für unsere Erörterungen alle Verfügungen gleichmässig in Betracht zu ziehen waren, welche der Käufer bis zur Vollstreckung des Urteils bezw. bis zur Rückgabe der Sache vorgenommen hat, müssen wir für das B. G. B. unterscheiden zwischen den Verfügungen, die der Käufer vor und denen, die er nach Vollzug der

[1]) Leistner S. 36.

[2]) Oertmann zu § 465 Z. 1.

[3]) Planck zu § 465 Z. 2; Oertmann zu §§ 462 Z. 3, 465 Z. 1; Leistner S. 39, 40; a. A. Endemann I S. 722 Anm. 13; Eccius in Gruchots Beitr, XLIII S. 325, 326; Ehrlich S. 62. 63.

Wandelung bis zur thatsächlichen Rückgabe der Leistungen trifft. Die ersteren werden in den §§ 351—353, die letzteren in § 347 geregelt.

§ 351 besagt, dass die Wandelung ausgeschlossen sein soll, „wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teils steht einer wesentlichen Verschlechterung, das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich."

Das B.G.B. beseitigt also die ungerechte Bestimmung des gemeinen Rechtes, dass der Käufer auch bei schuldhaft herbeigeführtem Untergang der Sache sein Redhibitionsrecht behalten soll. Dem Untergang der Sache ist durch die zweite Kommission die wesentliche Verschlechterung gleichgestellt, „weil die wesentliche Verschlechterung dem wirtschaftlichen Erfolge nach dem Untergange der Sache so nahe komme, dass eine übereinstimmende rechtliche Behandlung geboten erscheint".[1]) Der wesentlichen Verschlechterung steht wieder der Untergang eines erheblichen Teils der Sache gleich, ebenfalls eine Neuerung des II. Entwurfs. Ob eine Verschlechterung wesentlich ist, richtet sich nach den Umständen, insbesondere nach der wirtschaftlichen Bestimmung der Kaufsache. So kann z. B. bei einem kostbaren Reitpferde schon ein ungeschicktes Beschneiden des Schweifes oder der Mähne eine wesentliche Verschlechterung bedeuten, während dies bei einem Lastgaule nicht viel ausmachen würde. Auch die individuellen Verhältnisse des zum Rückempfang Berechtigten sind in Betracht zu ziehen, weil er ja dasjenige wieder erhalten soll, was er haben würde, wenn er die Leistung garnicht gemacht hätte.[2]) Die wesentliche Verschlechterung kann auch in einer Belastung der Sache bestehen, soweit

[1]) Protokolle II S. 1593/94; vgl. Eck S. 166.

[2]) Schollmeyer Komm. zu § 351 Z. 2a.

hier nicht § 353 eingreift. Dieser schliesst für den Fall, dass der Berechtigte, der infolge der Verfügung den Besitz der Sache erlangt hat[1]), in der in § 351 bezeichneten Weise mit der Sache verfahren ist, die Wandelung aus. Ob im übrigen in der Belastung selbst eine wesentliche Verschlechterung zu sehen ist oder nicht, ist quaestio facti. Daraus dass das Gesetz die wesentliche Verschlechterung hervorhebt, ergiebt sich, dass bei unwesentlicher Verschlechterung die Wandelung gestattet bleibt. Es kommen dann die Vorschriften des § 347 zur Anwendung, wonach der Käufer, wenn ihn ein Verschulden trifft, zum Schadensersatz verpflichtet ist (s. u.).

Unter „anderweitiger Unmöglichkeit der Herausgabe" sind Fälle wie Verlieren oder schlechte Bewachung der Sache, sodass sie gestohlen wird, zu verstehen, nicht aber ohne weiteres Veräusserung und Belastung, da hier die besonderen Bestimmungen des § 353 eingreifen, die unten näher zu besprechen sind. Die Unmöglichkeit der Herausgabe eines erheblichen Teils ist dem Untergange eines erheblichen Teils, mithin einer wesentlichen Verschlechterung gleich zu achten[2].)

Durch alle diese Veränderungen des empfangenen Gegenstandes wird die „Wandelung ausgeschlossen", aber nur dann, wenn der Käufer sie „verschuldet" hat. Schuldhaft handeln, heisst vorsätzlich oder fahrlässig handeln.[3]) Denn Vorsatz und Fahrlässigkeit hat der Schuldner nach § 276 zu vertreten. Die Vertretungspflicht erstreckt sich aber, soweit nicht etwa anderes vorgeschrieben ist, eben nur auf Verschulden. Nun liegt ein Verschulden in unserem Falle jedenfalls dann vor, wenn der Käufer den ihn zur Wandelung berechtigenden Umstand schon erkannt hat und sich nun durch seine Verfügung vorsätzlich oder fahrlässig die Rückgabe unmöglich

[1]) Schollmeyer Komm. zu § 351 Z. 2a u. b.
[2]) Schollmeyer Komm. zu § 351 Z. 2a.
[3]) Cosack I § 71, Endemann I § 112.

macht, oder dann, wenn der Käufer die Verfügung in fahrlässiger Unkenntnis des Mangels vornimmt.[1]) Eine in Kenntnis des Mangels vorgenommene Verfügung würde übrigens noch kein Verschulden in sich schliessen, wenn der Berechtigte sie als „guter Hausvater“[2]) vorgenommen hat, d h. wenn die Verfügung trotz oder vielleicht gerade wegen des Mangels als zweckmässig oder notwendig erschien. Wie ist es aber, wenn der Käufer ohne Kenntnis seines Wandelungsrechtes und ohne zwingenden Grund die Sache absichtlich zu Grunde richtet oder verschlechtert? Man könnte sagen, dass jedermann berechtigt sei, mit seiner eigenen Sache nach Gutdünken zu verfahren und dass in einer derartigen allerdings unwirtschaftlichen Behandlung der Sache trotzdem kein Verschulden im Rechtssinne zu sehen sei. Andererseits aber ist nicht zu leugnen, dass der Käufer, der eine frisch gekaufte Sache derartig unwirtschaftlich behandelt, „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ ausser Acht lässt, also eine Fahrlässigkeit begeht. Man kann dies um so eher annehmen, als das B.G.B. auch an anderen Stellen, z. B. bei der Culpacompensation (§ 254) ein Verschulden in eigenen Angelegenheiten kennt. Wollte man aber in unserem Falle ein Verschulden nicht annehmen, so würde man zu unleidlichen Konsequenzen gelangen, wie im folgenden darzulegen ist.

Die Wandelung würde ja dann, wie wir sahen, nach § 351 nur ausgeschlossen sein, wenn der Käufer die Verfügung in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis des Mangels getroffen hat, bei allen vor Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels vorgenommenen Veränderungen bliebe sie zulässig. Während das römische Recht nun bestimmt, dass der Käufer bei nicht schuldhafter Vernichtung oder Verschlechterung dem Verkäufer den Wert der Sache bei der Redhibition ersetzen muss, enthält das B.G.B. eine solche Vorschrift nicht. Denn § 347 greift ebenfalls nur bei schuld-

[1]) Schollmeyer Komm. zu § 353 Z. 1.
[2]) Schollmeyer Schuldh. S. 20.

haftem Verhalten des Käufers ein, und aus einer ungerechtfertigten Bereicherung folgt eine Erstattungspflicht bekanntlich nur, soweit der Empfänger noch bereichert ist (§ 818, Abs. 3), was gerade bei Untergang[1]) der Sache oder bei wesentlicher Verschlechterung, sowie auch in den Fällen der „anderweiten Unmöglichkeit" der Herausgabe meistens nicht der Fall sein wird. Nun könnte man auf den Gedanken kommen, dem Verkäufer mit § 348 zu helfen, welcher bestimmt, dass die Verpflichtungen der Parteien bei der Wandelung Zug um Zug zu erfüllen sind, und dass die §§ 320, 322, welche von der exceptio non bezw. non rite[2]) adimpleti contractus handeln, entsprechende Anwendung finden sollen. Auf Grund dieser Einrede könnte der Verkäufer, auch wenn der Käufer die Sache schuldlos vernichtet oder verschlechtert hat, die Erstattung des Kaufpreises verweigern, und somit das Wandelungsrecht des Käufers illusorisch machen. Wollte man dies aber annehmen, dann müsste man dasselbe Recht dem Verkäufer auch zugestehen, wenn die Sache durch Zufall untergegangen ist, sodass der Nichtausschluss der Wandelung in diesen Fällen überhaupt nur den Sinn hätte, dass der Käufer die Zustimmung des Verkäufers zu der Wandelung durchsetzen könnte, während dieser die thatsächliche Durchführung der Wandelung in allen Fällen vereiteln könnte, in denen der Käufer die Sache nicht oder nicht ohne wesentliche Verschlechterung zurückgeben kann. So könnte es vorkommen, dass der Verkäufer zur Wandelung verurteilt wird, während der Richter und beide Parteien genau wissen, dass der Verurteilte berechtigt ist, in Wirklichkeit die Wandelung zu verweigern. Da dies nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, so muss man annehmen, dass wenn nach dem Gesetz die Wandelung zulässig ist, der Verkäufer die Einrede des § 320

[1]) Allerdings schliesst Consumtion der Sache die Fortdauer der Bereicherung nicht immer aus, denn eine solche „kann übrig bleiben vom Standpunkt und in Höhe der dadurch ermöglichten Ersparung anderweiter Ausgaben". (Oertmann zu § 818 Z. 3b.)

[2]) Planck zu § 320 Z. 3.

nicht auf solche Gründe stützen darf, trotz deren Vorhandensein das Gesetz ausdrücklich das Fortbestehen des Wandelungsanspruchs bestimmt.

Wie soll nun aber der Verkäufer zu seinem Rechte kommen? Es kann doch unmöglich vom Gesetzgeber gewollt sein, dass der Käufer, der die gelieferte Sache zu Grunde gehen liess oder verschlechterte und hierbei einen Mangel entdeckte, den Kaufpreis zurückerhalten soll, ohne seinerseits Wertersatz zu leisten! Einen Ausweg aus dieser Verlegenheit sehe ich eben nur darin, dass man auch in einer vor Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels vom Käufer vorgenommenen, nicht durch die Umstände gebotenen, Vernichtung oder Verschlechterung eine Fahrlässigkeit sieht, oder dass man mit Oertmann[1]) als Verschulden . . . . „jede freie, imputable, nicht durch die Verhältnisse gebotene oder gestattete Handlung" ansieht. Ja, fast wäre man versucht, noch weiter zu gehen, und „verschuldet" hier einfach gleich „herbeigeführt" zu setzen, und zwar deshalb, weil ein Grund für den Unterschied nicht einzusehen ist, den das Gesetz hier zwischen Vernichtung und Spezifikation macht, für welche letztere im § 352 die Wandelung immer ausgeschlossen wird;[2]) einerlei, ob die Spezifikation verschuldet oder unverschuldet erfolgte. Weiter als Oertmann in der Ausdehnung des Begriffes „Verschulden" zu gehen, ist aber angesichts des Wortlauts des § 351 nicht zulässig, und so bleibt noch die Frage übrig, wie es mit den Handlungen des Käufers steht, die „nach den Verhältnissen geboten oder gestattet" sind. Es bleibt nur die Möglichkeit, die ersteren dem Zufall gleichzusetzen (wie wir es ja auch schon für das gemeine Recht thaten), und für die letzteren den Verkäufer auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung

[1]) Oertmann zu § 351 Z. 1, anders Schollmeyer Schuldvh. S. 20, Komm. zu §§ 352 Z. 1, 353 Z. 1 u. 2b; Strohal in Jherings Jahrb. B. XXX S. 372; anscheinend auch Eneccerus I § 189 I,2.

[2]) Oertmann zu § 351 Z. 1; Schollmeyer Komm. zu § 352 Z. 1.

zu verweisen. Letzteres wird ja auch, da es sich doch vorzugsweise um gutgläubigen Gebrauch oder Verbrauch der Sache handeln wird, nur selten zu Unbilligkeiten führen, da hier, wie erwähnt, eine Bereicherung auch in der Ersparung anderweiter Ausgaben liegen kann.

Der Grund für die ungenaue Ausdrucksweise des B. G. B. ist wohl darin zu finden, dass die Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht schlechtweg auf die Wandelung Anwendung finden. [1]) Beim vertragsmässig vorbehaltenen Rücktritt liegt allerdings in jeder unnötigen Verfügung, die der Berechtigte nach Abschluss des Vertrages trifft, ein Verschulden. Denn er muss von vorneherein die eventuelle Rückgabe der Sache im Auge behalten, vom Käufer aber ist nicht zu verlangen, dass er schon vor Entdeckung eines Mangels an die Wandelung denke.

Dem eigenen Verschulden des Käufers ist im § 351 das von ihm nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen gleichgestellt, also ein Verschuldens eines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diese Bestimmung erscheint auf den ersten Blick überflüssig, weil der Käufer für das Verschulden dieser Personen schon an sich nach § 278 aufzukommen habe [2]) Einleuchtend ist aber die von Schollmeyer (zu § 351 No. 2) gegebene Erklärung. Hiernach kommt § 278 ohne Weiteres nur dann zur Anwendung, wenn ein Verschulden der genannten Personen nach vollzogener Wandelung stattfindet, denn erst dann ist der Käufer „Schuldner" in Bezug auf den Kaufgegenstand. Sollte § 278 aber schon für die Zeit vor Vollzug der Wandelung Anwendung finden, so bedurfte es der besonderen Bestimmung des § 351. Das Verschulden der fremden Personen, welches der Käufer zu vertreten hat, kann nach dem Wortlaut des § 278 nur ein

---

[1]) Vgl. Strohal in Iherings Jahrb. B. XXXIII S. 371.

[2]) So Endemann I § 148. Anm. 21; Leistner S. 61.

solches sein, welches sich gerade auf die Rückgewähr der Sache bezieht[1]), denn „die hier in Betracht kommende Verbindlichkeit ist die im Falle des Rücktritts eintretende Rückgewährsverbindlichkeit“ (Schollmeyer zu § 351 No. 2). Natürlich braucht aber das Verschulden nicht gerade bei der Rückgewähr selbst, die ja erst nach Vollzug der Wandelung erfolgt, stattzufinden, vielmehr wird es sich in der Regel auf eine Vernachlässigung der Aufbewahrungs- oder Beaufsichtigungspflicht beziehen. Hierbei ist nicht nötig, dass die dritte Person gerade mit der Bewahrung der Sache beauftragt ist, vielmehr genügt es, wenn sie auf Grund irgend eines Rechtsverhältnisses, z. B. Miete oder Pacht, für die Sache zu sorgen hat.[2])

Wir haben bis jetzt die Fälle behandelt, in welchen die Verfügung des Käufers vor Vollzug der Wandelung erfolgt, wo also der Käufer schon, bevor der Verkäufer sich mit der Wandelung einverstanden erklärt, sich die Rückgabe oder die unversehrte Rückgabe der Sache unmöglich gemacht hat. Wie nun aber, wenn der Käufer nach Vollzug der Wandelung aber vor Rückgewähr der Leistungen eine solche Verfügung trifft? Dann wird in der Regel ein Verschulden des Käufers vorliegen, aber nicht immer, dann nämlich nicht, wenn die Verfügung sich durch die Umstände rechtfertigt. Auf die vollzogene Wandelung übt eine solche Verfügung keinen Einfluss aus, der Kaufvertrag ist und bleibt aufgelöst. Dem Verkäufer stehen jetzt aber zwei Wege offen, seine Interessen zu wahren, der eine Weg ergiebt sich aus § 347, der andere aus § 354. § 347 (mit 467) bestimmt, dass der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe sich im Falle der Wandelung von dem Empfange der Leistungen an

[1]) Für die abweichende Ansicht Oertmanns (zu § 467c) ergiebt sich aus dem Gesetz kein Anhalt.

[2]) Schollm. Komm. zu § 351 No. 2, vgl. Stölzle Viehkauf S. 42 Prot. II S. 8427.

nach den Vorschriften bestimmt, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Der Besitzer ist aber nach § 989 von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Da die § 351—353 in vielen Fällen die Wandelung überhaupt ausschliessen, so beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 347 auf die nach Vollzug der Wandelung getroffenen Verfügungen und auf eine vorher getroffene, bei der doch Wandelung stattfindet, nämlich unwesentliche Verschlechterung. Nicht aber gilt § 347 für diejenigen Verfügungen, bei denen die Wandelung wegen Schuldlosigkeit des Käufers gestattet bleibt. Denn es ist wohl zu bemerken, dass auch § 347 (mit § 989) Verschulden erfordert. Im Falle des § 989 liegt ein Verschulden in jeder Verfügung des Besitzers, welche nicht durch die Umstände geboten ist. Denn vom Eintritt der Rechtshängigkeit an weiss der Besitzer, dass er unter Umständen die Sache herausgeben muss, und hat daher für Aufbewahrung und Erhaltung der Sache zu sorgen. Die Haftung des § 989 findet mit Recht auf das vertragsmässige Rücktrittsrecht Anwendung, wie die Motive (II S. 282) sagen, „mit Rücksicht darauf, dass von Anfang an die Möglichkeit des Rücktritts bestand“. Für die Wandelung muss natürlich der Begriff des Verschuldens hier ebenso ausgedehnt werden, wie im § 351, so dass auch schon vor Kenntnis des Mangels die Schuld des Käufers ebenso zu bemessen ist, wie beim vertragsmässigen Rücktrittsrecht vom Abschlusse des Vertrages an. Trifft der Käufer nach Vollzug der Wandelung eine hiernach unverschuldete Verfügung, so haftet er nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung.

Ausserdem kann der Verkäufer aber natürlich bei

allen nach Vollzug der Wandelung vorgenommenen Verfügungen seine Rechte aus §§ 320, 322 geltend machen.

Einen weiteren Weg zur Wahrung seiner Rechte bietet dem Verkäufer § 354. Kommt nämlich der Käufer mit der Rückgewähr des Kaufgegenstandes oder eines erheblichen Teils desselben (gleich zu stellen ist auch hier wohl die Rückgewähr ohne wesentliche Verschlechterung) in Verzug, so kann ihm der Verkäufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Es müssen also, damit § 354 zur Anwendung kommen kann, die Erfordernisse des Verzugs vorliegen, d. h. Fälligkeit der Schuld und Mahnung oder was dem gleichsteht (§ 284). Zu beachten ist aber, dass der Verzug nicht eintritt, „solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat." (§ 285) Daher kommt auch § 354 nur dann zur Anwendung, wenn ein Verschulden des Käufers vorliegt. Erfolgt die Rückgewähr dann nicht innerhalb der Frist, so wird die Wandelung unwirksam, d. h. die Wirkungen des Vollzugs der Wandelung erlöschen. Nach richtiger Ansicht kann nun der Käufer aber auch keine Minderung mehr verlangen,[1]) denn sein Minderungsrecht erlosch schon in dem Zeitpunkte des Vollzuges der Wandelung. Verwirkt er nun das Wandelungsrecht durch seine Schuld, so lebt damit das erloschene Minderungsrecht nicht wieder auf.

Fassen wir jetzt das Ergebnis unserer Untersuchung noch einmal zusammen, so kommen wir zu folgendem Resultat:

I. Hat der Käufer eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache verschuldet, so ist

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II 2, S. 63, Matthias I § 106B S. 501, Leistner S. 66, a. A. Planck zu § 467 Z. 2g, Oertmann zu § 467 Z. 1h.

a) die Wandelung ausgeschlossen, wenn die Verfügung vor Vollzug der Wandelung erfolgte;
b) nach Vollzug der Wandelung muss entweder 1. der Käufer Schadensersatz leisten, oder 2. der Verkäufer kann ihm, wenn er im Verzug ist, zur Erfüllung seiner Verpflichtung eine angemessene Frist setzen, nach deren Ablauf die Wandelung unwirksam wird.

II. Erfolgte eine solche Behandlung der Sache ohne Verschulden des Käufers, so bleibt die Wandelung zulässig, der Verkäufer kann aber Ersatz nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

III. Hat der Käufer die Sache unwesentlich verschlechtert, so kann der Verkäufer,

a) wenn den Käufer ein Verschulden trifft, Schadensersatz,
b) wenn ihn kein Verschulden trifft, Herausgabe der Bereicherung verlangen.

In allen Fällen, in welchen eine Verfügung nach vollzogener Wandelung erfolgt, kann ausserdem der Verkäufer den Kaufpreis auf Grund der Einrede aus § 320 zurückhalten.

Hinzuzufügen ist ferner, dass der Verkäufer in allen Fällen, in denen der Käufer die Sache, einerlei aus welchen Gründen nicht zurückgeben kann, Herausgabe eines etwaigen Ersatzes oder Abtretung eines Ersatzanspruches verlangen kann, den der Käufer infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, erlangte (§ 281).

Der Vernichtung sehr nahe steht eine andere Verfügung über die Kaufsache, die Spezifikation oder Verarbeitung. Denn durch sie hört die Sache, wenn auch nicht überhaupt, so doch als solche auf zu sein; es entsteht an ihrer Stelle eine neue Sache. Welche Veränderung der Sache eine Spezifikation darstellt, ist quaestio facti, die Anschauungen sind hierüber nach Zeit, Ort und Verkehrssitte

verschieden. So gilt z. B. nach § 950 B. G.-B. als Spezifikation oder „Verarbeitung“ schon eine blosse „Bearbeitung der Oberfläche“, während im römischen Recht z. B. Färben keine Spezifikation war [1]).

Bei der Frage, ob der Käufer durch Spezifikation der Kaufsache das Wandelungsrecht verliert, ist zu unterscheiden, ob die Sache wieder in den vorigen Zustand zurückgebracht, also gewissermassen von der Spezifikation geheilt werden kann oder nicht. Ersteren Falles kann der Käufer nach der herrschenden Ansicht nur wandeln, wenn er den früheren Zustand wieder hergestellt hat, während, wenn dies nicht möglich ist, die meisten die Wandelung überhaupt ausschliessen wollen. [2]) Es ist dies nur eine Konsequenz der Ansicht, dass bei Vernichtung und bei Veräusserung ohne Rückerwerb die Redhibition ausgeschlossen sei. Denn die Quellen reden von der Spezifikation überhaupt nicht. Die Frage ist daher nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Dass der Käufer, wenn er den früheren Zustand wieder hergestellt, also z. B. das verarbeitete Metall wieder eingeschmolzen hat, redhibieren kann, unterliegt keinem Zweifel. Auch wird wohl der Verkäufer, wenn die Wiederherstellung möglich ist, verlangen können, dass der Käufer sie auf seine Kosten vornimmt.

Fraglich erscheint, ob man hier nur die physische Möglichkeit der Wiederherstellung in Betracht ziehen soll. Diese ist in vielen Fällen vorhanden, in denen sie aber eine grosse Wertverringerung der Sache verursachen würde, z. B. bei allen Verarbeitungen von Metall [3]). Nach Analogie der von Justinian für den Eigentumserwerb durch Spezifikation aufgestellten Theorie wird man aber annehmen

[1]) L. 26 § 2 D. de a. r. d. 41. 1; Dernburg I § 204 Anm. 5.

[2]) So Gesterding S. 39 ff.; Treitschke § 100 S. 367; Holzschuher S. 385; Thibaut Pand. I § 498 No. 13; Seuffert Pand. II § 266 Anm. 10; Kempkes S. 31; Hanausek I S. 148; Seufferts Arch. II No. 170; R. 6. HG. X No. 59; XI No. 67.

[3]) Vgl. Dernburg II § 204.

müssen, dass auch in solchem Falle die Wiederherstellung als möglich zu gelten habe, wie sehr dies auch unserer heutigen Anschauung widerspricht. Alle anderen Fälle der Spezifikation aber, in denen eine Wiederherstellung nicht möglich ist, sind dem Untergange gleich zu achten, weshalb der Käufer hier nach den oben entwickelten Grundsätzen gegen Wert- resp. Schadensersatz redhibieren kann.[1]) Bei doloser Specifikation steht natürlich dem Verkäufer hier ebenfalls die exceptio doli zu.

Die Frage nach der Möglichkeit der Zurückbringung der Sache in den früheren Zustand, welche ja doch in den meisten Fällen ohne mehr oder minder erhebliche Wertverringerung nicht möglich sein wird, hat das B. G. B. dadurch abgeschnitten, dass es im § 352 bestimmt: „Der Rücktritt (also nach § 467 auch die Wandelung) ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat.“ Es ist zu beachten, dass das Gesetz hier nicht, wie in § 351 Verschulden erfordert, obschon es nahe läge, „die unverschuldete Spezifikation dem kasuellen Untergange gleich zu behandeln, zumal die Verarbeitung den wirtschaftlichen Untergang der verarbeiteten Sache bewirkt“[2]). Die Bestimmung des § 352 wird aber für die Wandelung sehr eingeschränkt durch § 467, welcher besagt, dass im Falle des § 352 die Wandelung nicht ausgeschlossen sein soll, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache „gezeigt hat“. Hierdurch wird für viele Fälle unverschuldeter Umgestaltung der Sache die Wandelung zugelassen, aber nicht für alle. Denn das „gezeigt hat“ enthält ein objektives, kein subjektives Merkmal. Nicht darauf kommt es an, ob der Käufer den Mangel kannte oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kennen

[1]) So auch Eck S. 169, 173; Lepenau S. 25ff.; Hanausek II S. 280, 281.

[2]) Schollmeyer Komm. zu § 352 Z. 1.

musste, sondern nur darauf, ob der Mangel überhaupt zu Tage getreten ist. Hat der Käufer also ein mit Schwamm behaftetes Haus umgebaut, so kann er wandeln, wenn der Schwamm erst während des Umbaues sichtbar geworden ist, nicht aber, wenn er schon vorher äusserlich hervorgetreten ist, wenn auch so, dass die Kenntnis davon dem Käufer nicht zuzumuten war.[1]) Wandelt der Käufer nach § 467, so hat er gemäss § 281 entweder die neue Sache herauszugeben oder den Vermögensvorteil, der sich für ihn ergiebt, wenn er die Sache behält, (Motive I S. 282), was auch schon aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung folgt. (Oertmann zu § 467 Z. 1e). Giebt der Käufer die Sache heraus, so sind ihm die Kosten der Umarbeitung nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag vom Verkäufer zu ersetzen.[2]) Die Verarbeitung eines erheblichen Teils der Sache ist der Verarbeitung der ganzen Sache, die Verarbeitung durch die im § 278 bezeichneten Personen der Verarbeitung durch den Käufer selbst gleichzustellen,[3]) ohne dass es natürlich auch bei diesen Personen auf Verschulden ankommt. Ist nur ein unerheblicher Teil der Sache umgearbeitet, so bleibt die Wandelung zulässig und es ist für den umgearbeiteten Teil nach § 281 Ersatz zu leisten.

Dass eine blosse Veränderung der Sache, welche sich nicht als Umarbeitung darstellt, die Wandelung nicht ausschliesst, ergiebt sich wohl von selbst.[4]) Der Käufer könnte hier nach den Vorschriften über Verwendungen Ersatz verlangen, d. h. nur soweit sie notwendig sind und nur nach

---

[1]) Anders Leistner S. 62.

[2]) BGB. § 994 Abs. 2 mit § 347; Planck zu § 467 Z. 2 ç α u. d. β; Oertmann zu § 467 Z. 1e; anders Motive II S. 232.

[3]) Schollmeyer Komm. zu § 352; Planck zu § 352; Oertmann zu § 352; Protokolle II S. 1594 u. S. 8428.

[4]) Oertmann zu § 352. Dies wird auch im gem. R. selbst für den Fall anerkannt, dass die Verbesserung sich auf die Beseitigung des Mangels richtet, vgl. Seuffert Arch. II No. 170; Holzschuher III S. 385, 386; Lepenau S. 23, 24.

den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag. (§ 347, § 994, Abs. 2, § 996). Wegen solcher Verwendungen hat der Käufer nach § 1000 ein Zurückbehaltungsrecht. Hat der Käufer mit der Kaufsache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie unter denselben Umständen abtrennen, unter denen er für Verwendungen Ersatz beanspruchen kann. (§ 997, 347.)

Wird die Verarbeitung nach Vollzug der Wandelung vorgenommen, so bleibt der Kaufvertrag aufgelöst. Der Verkäufer kann jedoch nach § 347 Schadensersatz verlangen, soweit auf der anderen Seite ein Verschulden vorliegt. Ist dies nicht der Fall, so kann der Verkäufer gemäss § 281 oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung Ersatz verlangen oder die Einrede des § 320 geltend machen.

Wir kommen nunmehr zu den Verfügungen im engeren Sinne, d. h. zu denjenigen Verfügungen, welche die Kaufsache nicht in ihrem Wesen, sondern nur in Bezug auf ihre Rechtslage verändern; es sind das Veräusserung und Belastung Die einschlägige Litteratur über diese Frage ist bei Eck (S. 163ff.), Lepenau (S. 36ff.) und Kempkes (S. 9ff.) vollständig verzeichnet; ich will mich daher in dieser Hinsicht auf einige kurze Angaben beschränken und im Übrigen auf die Genannten verweisen.

Es finden sich über die Frage drei verschiedene Ansichten. Nach der alten Theorie, der sich aber in Bezug auf die Redhibition auch neuere Schriftsteller und Erkenntnisse zum Teil noch anschliessen, verliert der Käufer durch Gebrauch oder Veräusserung der Sache an sich die aedilicischen Rechtsmittel.[1]) Als herrschende Ansicht ist aber die zu bezeichnen, dass der Käufer durch die Veräusserung oder Belastung an sich die Redhibition nicht verliere, sondern nur infolge der dadurch verursachten Unmöglichkeit der Naturalrestitution, dass aber, wenn der Käufer die Sache

[1]) Vgl. bei Eck S. 163 Anm. 1, Citirte; R. 6, H. G. XI S. 202 u. d. and. bei Eck S. 164ff. Anm. 5 cit. Erkenntnisse.

zurückerwerbe, oder von der Belastung befreie, der Redhibition nichts im Wege stehe.[1]) Im Gegensatz zu dieser herrschenden Lehre stellt Sintenis[2]) die Behauptung auf, wenn der Käufer den Kaufgegenstand nicht mehr habe, „so sei darum die Redhibition nicht weniger möglich, und der Käufer habe nur, wenn ihn ein Verschulden treffe, statt der Sache, deren Wert zu erstatten". Diese Lehre wird mit einer Einschränkung von Eck[3]) und Dernburg[4]) verteidigt, und ihnen schliessen sich Lepenau[5]) und Bellerstein[6]) an, während Kempkes[7]) diese Ansicht bekämpft.

Dass durch die Weiterveräusserung oder Belastung der Sache an sich die Redhibition nicht verloren geht, bedarf wohl keiner ausführlichen Begründung. Denn da es an einer bezüglichen Gesetzesvorschrift fehlt, so könnte man den Verlust höchstens durch Unterstellung des Verzichts auf die Klage oder der Genehmigung der mangelhaften Sache rechtfertigen. Dass man aber hiermit sehr vorsichtig sein muss, und dass es dabei ganz auf die Umstände des einzelnen Falles ankommt, haben wir bereits oben festgestellt.[8]) In der That wird es nur selten vorkommen, dass man ohne besondere Erklärung aus der Weiterveräusserung mit Sicherheit eine solche Absicht des Käufers wird herleiten können.[9])

Auch die Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache ist, wie wir sahen, an sich kein Grund für den Ausschluss der

[1]) Westphal § 520; Treitschke § 100; Gesterding S. 41; Seuffert Pand. II § 266. Anm. 10; ähnlich Hanausek I S. 146, II S. 265; Windsch. II § 394 Anm. 12a; Kempkes S. 14ff.; u. zahlr. Erkenntnisse vgl Eck S. 164 Anm. 5.

[2]) Civilr. II § 116 S. 625.

[3]) Eck S. 169 ff und 175 ff.

[4]) Dernburg II § 101 Anm. 11.

[5]) Lepenau S. 38 ff.

[6]) Bellerstein S. 19.

[7]) Kempkes S. 14ff.

[8]) Vgl. Goldschmidts Ztschr. f. H. R. Bd. XXV. No. 104 S. 170.

[9]) Vgl. Kempkes § 2.

Redhibition, ganz abgesehen davon, dass durch die Veräusserung die Rückgabe noch nicht ohne Weiteres unmöglich wird, da ja der Käufer die Sache zurückerwerben kann. Allerdings meint Windscheid,[1]) es „könne“ in einer in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit vorgenommenen Veräusserung möglicherweise ein Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel liegen, „sodass auch Rückerwerb die actio redhibitoria nicht zurückgiebt.“ Welches aber die Umstände sind, unter denen man einen solchen Verzicht annehmen muss, giebt Windscheid ebenso wenig wie alle übrigen an, welche von der Unterstellung eines Verzichts in ähnlichen Fällen reden. M. E. kommt es doch immer wieder darauf hinaus, dass der Käufer in der einen oder in der anderen Form, sei es vor, sei es nach der Verfügung, den Verkäufer von seinem Verzichtswillen in Kenntnis setzt, und dann liegt der Verzicht doch immer nur in dieser, wie auch immer ausgedrückten, Erklärung des Käufers und deren Annahme durch den Verkäufer, nicht aber in der vorgenommenen Verfügung selbst. Übrigens begründet Windscheid seine Behauptung mit der L. 47 pr. D. 21, 1, eine Begründung, die deshalb schon nicht stichhaltig sein kann, weil, wie wir sahen, diese Lex eine Sonderbestimmung für den Sklavenhandel enthält und daher für unsere Betrachtung nicht verwertet werden kann. Jedenfalls kann eine in Kenntnis des Mangels vorgenommene Veräusserung aus den verschiedenartigsten Gründen erfolgen, z. B. aus einem augenblicklichen Geldbedürfnis oder um einem anderen aus einer Verlegenheit zu helfen, ja vielleicht auch in der Absicht, den durch den Mangel entstehenden Ausfall auf anderem Wege als Redhibition zu decken.[2]) Aber auch wenn diese Absicht vorhanden oder sogar ausgesprochen ist, liegt in ihr doch noch kein Verzicht auf die Redhibition.

---

[1]) Windscheid II § 394 Anm. 12a.

[2]) Dass der Käufer seinem Abnehmer hier ev. wegen dolus haftet, kommt für sein Verhältnis zum Verkäufer nicht in Betracht.

Auch darf man diese nicht deshalb ausschliessen wollen, weil der Käufer ja nun seinen Ausfall gedeckt habe.[1]) Denn die Weiterveräusserung braucht ja überhaupt garnicht gegen Entgelt geschehen zu sein, sondern kann z. B. in einer Schenkung bestehen. Erlangt hier der Käufer die Sache zurück, so kann natürlich von irgend einem Äquivalent geschweige denn einem durch die Veräusserung gemachten Gewinn nicht die Rede sein Auch kann man die Redhibition nicht etwa deshalb ausschliessen, weil der Käufer sich ja ohnehin der Sache habe begeben wollen. Denn der Käufer hat eben den mit der Liberalität verfolgten Zweck wegen der Mangelhaftigkeit der Sache nicht erreicht.[2]) Dieser Grund könnte eher bei der Dereliktion zutreffen, aber hier zeigt der Käufer ja gerade dadurch, dass er die Sache nachher (entgeltlich oder unentgeltlich) zurückerwirbt, dass er seine Dereliktionsabsicht nunmehr geändert und ein Interesse an dem Besitz der Sache habe.

Hat der Käufer die Sache weiter verkauft, so muss man zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Rückerwerb unterscheiden. Letzteren Falles, also wenn der Käufer die Sache auf Grund einer Redhibition wegen des Fehlers oder eines pactum de retroemendo zurücknehmen musste, befindet er sich genau in derselben Lage, wie vor der Veräusserung und kann selbstverständlich Redhibition verlangen.

Erwirbt er die Sache freiwillig zurück, so ist es möglich, dass er sie billiger oder unentgeltlich, z. B. durch Vermächtnis, zurückbekommt. Gleichwohl muss man auch in solchen Fällen freiwilligen Zurückerwerbes dem Käufer die Redhibition gestatten, was sowohl aus der L. 43 § 8 D. h. t. (die unten zu besprechen ist) als auch darauf folgt, „dass es an haltbaren Gründen für die entgegengesetzte Meinung völlig fehlt.“[3]) Allerdings muss der Käufer einen auf diese

[1]) So Seuffert Archiv II No. 29 (Weiterverkauf zu höherem Preise vor Entdeckung d. Mangels.)

[2]) Eck S. 178.

[3]) Eck S. 176.

Weise erzielten Gewinn bei der Redhibition mit herausgeben, denn „niemand soll nach Auflösung des Kaufes mehr haben, als er haben würde, wenn der Kauf garnicht zustande gekommen wäre.“ [1])

Wir sehen also, dass die Redhibition bei Rückerwerb der Sache gestattet bleibt, einerlei ob die Veräusserung in Kenntnis oder in Unkenntnis des Mangels erfolgte. Dies wird insbesondere bestätigt durch die L. 43 § 8 D. h. t., welche, da sie keinen Unterschied macht, für jede Veräusserung, also auch für die in Kenntnis des Mangels erfolgte, gelten muss. Dieselbe lautet:

> (Paulus) „Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset aut usumfructum eius, non recte redhiberet nisi redemptum, sic et pignore liberatum redhibetur.“

Hier ist jedenfalls gesagt, dass wer den Sklaven verkauft oder mit einem Niessbrauch oder Pfandrecht belastet hat, trotzdem redhibieren kann, wenn er den Sklaven zurückerworben (so allgemein muss man wohl das redemptum auffassen [2])) oder von der Belastung befreit hat. Das „non recte redhiberet nisi redemptum“ hat man nun ganz allgemein immer so aufgefasst, dass der Käufer überhaupt „nur“ dann redhibieren könne, wenn er die Kaufsache wieder erworben habe. Uebersehen hat man dabei aber, dass es nicht einfach „redhiberet“ sondern „recte redhiberet“ heisst. Und dies hat Eck [3]) mit Recht so ausgelegt, dass eine Naturalredhibition allerdings nur nach Rückerwerb oder nach Ablösung des fremden Rechtes möglich ist, weil erst dann die Sache überhaupt oder wenigstens ohne Wertverringerung zurückerstattet werden kann. Nicht aber wird, nach Eck, in der Stelle gesagt, dass der Käufer „überhaupt nur auf diese Weise, nicht aber, wenn die Ablösung ihm misslingt, auch durch Wertersatz die Redhibition bewirken

[1]) L. 23 § 1, L. 24 D. h. t.; Eck S. 170.

[2]) Vgl. Kempkes S. 13.

[3]) Eck S. 169.

könne". Und in der That bedeutet das „non recte redhiberet" doch wohl nur, dass der Käufer nicht in richtiger, nicht in normaler Weise, d. h. eben nicht durch Naturalrestitution die Redhibition, bewirken, nicht aber, dass er überhaupt keine Redhibition verlangen könne.[1]) Für diese Auslegung spricht auch die in der lex cit. aufgestellte Parallele mit der dinglichen Belastung. Der erste Satz bedeutet nur, dass wenn die mit dem Pfand belastete Sache redhibiert wird, das Pfandrecht trotzdem bestehen bleibt, m. a. W. dass die Redhibition keine dingliche Wirkung hat. Das Weitere würde nach der Ansicht der Gegner heissen, dass ebenso wie eine veräusserte oder mit einem Ususfrukt belastete Kaufsache nur redhibiert werden kann, wenn sie zurückerworben oder von dem Ususfrukt befreit sei, so auch eine mit einem Pfandrecht belastete Sache nur dann redhibiert werden könne, wenn das Pfandrecht abgelöst sei. Warum aber dem Käufer, der die Sache in durchaus erlaubter Weise vielleicht nur mit einer kleinen Hypothek, die er nicht sofort ablösen kann, belastet hat, selbst wegen des schlimmsten Mangels das Redhibitionsrecht nicht mehr zustehen soll, ist um so weniger einzusehen, als er doch, selbst wenn er die Sache dolos vernichtet oder verschlechtert hat, wie wir oben sahen, noch redhibieren kann. Und ebenso liegt auch kein Grund vor, dem Käufer, der die gekaufte Sache weiter veräussert hat, das Redhibitionsrecht abzusprechen, während es doch dem, der sie schuldhaft zu Grunde gerichtet hat, belassen wird. Es kann doch wirklich, wie Eck[2]) sagt, dem Verkäufer einerlei sein, in welcher Form sich der Käufer die Rückgabe der Sache unmöglich

[1]) Vollkommen missverstanden sind die Worte Ecks von Lepenau (S. 27) und Bellerstein, welche ihnen den Sinn unterschieben, „das non nisi bedeute keineswegs ein kategorisches „nur", sondern gäbe blos den Weg an, den der Käufer einzuschlagen habe". Bellerstein, der die Worte aus Lepenau citiert, verweist dabei in Anm. 2 auf Eck. Auch Kempkes S. 19 legt Eck die Ansicht unter, non recte nisi bedeute hier nicht „nur", während Eck es doch gerade auf S. 169 mit nur übersetzt.

[2]) Eck S. 169 ff.

gemacht hat. „Entweder muss das Recht des Verkäufers auf Rückempfang der Sache in allen jenen Fällen den Redhibitionsanspruch ausschliessen, oder es muss in allen Fällen gegen eine Geldentschädigung zurücktreten. Und da nun das Erstere nach den Quellen entschieden nicht der Fall ist, so müssen wir das Zweite, wie bei Tötung und Entwertung, so auch bei Veräusserung annehmen, vorausgesetzt nur, dass es dem Käufer nicht, oder doch nicht anders als mit Opfern, die man ihm nicht zumuten darf, möglich ist, jene Veräusserung rückgängig zu machen.“ Wir sehen also, dass das Gesetz bei allen Arten der Veräusserung der Sache, sei es mit, sei es ohne Rückerwerb und ebenso trotz dinglicher Belastung ohne vorherige Ablösung derselben, die Redhibition zulässt.

Eck[1]) teilt nun die möglichen Fälle der Veräusserung folgendermassen ein:

I. Veräusserung ohne Kenntnis des Fehlers
   a) mit späterem Rückerwerb,
   b) ohne Rückerwerb;

II. Veräusserung mit Kenntnis des Fehlers, wobei wiederum Rückerwerb
   a) eingetreten,
   b) nicht eingetreten ist.

Während Eck nun in den Fällen Ia und b und IIa sich für Erhaltung des Redhibitionsrechtes ausspricht, schliesst er dasselbe im Falle IIb aus, wenn sich hier nicht die Veräusserung aus einem besonderen Grunde (z. B. um grösseren Schaden zu vermeiden) rechtfertige. Zwar folge dies nicht aus dem Gesetz, sei aber deshalb anzunehmen, weil die Veräusserung in diesem Falle rechtswidrig sei, da sie der Aufbewahrungspflicht des Käufers widerspreche. Ebenso wie der Verkäufer, der die Sache vor der Tradition pflichtwidrig einem Dritten übereignet habe, zwar auf das Interesse verklagt werden, nicht aber gegen Erbieten der Interessen-

[1]) Eck S. 175 ff.

leistung den Kaufpreis fordern könne, sondern ihm vielmehr die exceptio non adimpleti contractus entgegenstände, ebenso könne auch der Verkäufer in diesem Falle der Redhibitionsforderung des Käufers eine Einrede entgegensetzen. Was das für eine Einrede ist, sagt Eck zwar nicht, aber es kann doch wohl nur die exceptio doli generalis sein, welche nach Dernburg[1]) „darauf beruht, dass die Klage ein Unrecht bilde," und gegeben wurde, „wenn das Klagerecht dem wahren Rechte widerstritt, im gegebenen Falle also nur die Form, nicht das Wesen des Rechtes hatte". Der Beweisführung Ecks schliesse ich mich in diesem Punkte an, für den Fall der Vernichtung sind wir ja oben schon zu einem ähnlichen Resultate gelangt. Zwar spricht Eck es nicht deutlich aus, dass auch im Falle vorsätzlicher Vernichtung in Kenntnis des Mangels dem Käufer das Redhibitionsrecht nicht zustehen solle. Da er aber nur den Fall der Veräusserung ausführlich behandelt, und auf S. 175 betont, es empfehle sich, „statt aller Arten von Verfügungen über die Sache einstweilen nur die Veräusserung ins Auge zu fassen, nach der dann analog die übrigen zu beurteilen seien", so ist anzunehmen, dass dieser von Eck für die Veräusserung aufgestellte Satz auch für die Vernichtung Giltigkeit haben soll. Die Wandelung bleibt also grundsätzlich auch bei Veräusserung der Kaufsache ohne Rückerwerb stets gegen Wertersatz zulässig, nur steht bei in Kenntnis des Mangels ohne dringenden Grund vorgenommener Veräusserung dem Käufer die exceptio doli entgegen. Denn der Käufer darf „nicht willkürlich seine Verpflichtung zur Rückgabe der Sache in eine Verpflichtung zum Wertersatz umwandeln."[2])

Dieselben Grundsätze wie für die Veräusserung müssen auch für die Dereliction der Sache gelten, bei welcher ja auch unter Umständen ein Rückerwerb stattfinden kann.

Entwurf I (§ 430) und Entwurf II (§ 302) des B.G.B.

---

[1]) Dernburg I § 138.

[2]) Eck S. 185.

schlossen den Rücktritt (die Wandelung) ohne weiteres aus, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand deshalb nicht zurückgeben kann, weil er ihn veräussert oder wenn er ihn mit einem nicht zu beseitigenden Rechte eines Dritten belastet hat. In den Beratungen der zweiten Kommission[1]) wurde aber darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der Rückgabe des Gegenstandes nicht für den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung, sondern nur für den der Realisierung des Rücktritts in Betracht komme. Diesem Gesichtspunkte wurde in der endgültigen Fassung dadurch Rechnung getragen, dass man in § 353 die Wandelung trotz Verfügung des Käufers grundsätzlich zuliess, für den Fall aber, dass er die Sache thatsächlich nachher nicht zurückgeben kann, den § 354 einsetzte, nach welchem die Wandelung unwirksam wird, wenn der mit der Rückgabe im Verzuge befindliche Käufer innerhalb einer ihm vom Verkäufer gesetzten angemessenen Frist die Sache nicht zurückgewährt. Im übrigen lässt § 353 die Wandelung zu, wenn der Käufer die Kaufsache oder einen erheblichen Teil derselben veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er die Sache zurückerworben oder von der Belastung befreit hat Ohne diese Bestimmung wäre nach § 351 die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand schuldhaft veräussert und bis zur Wandelung nicht zurückerworben hätte, da er hiermit eine „anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe“ verschuldet hätte. § 353 macht aber keinen Unterschied zwischen schuldhafter und unverschuldeter Veräusserung oder Belastung, lässt vielmehr in beiden Fällen die Wandelung zu. Diese ist nur dann ausgeschlossen, „wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind“, d. h. wenn dieser (oder die Personen, deren Verschulden er nach § 278 zu vertreten hat) eine wesentliche

[1]) Prot. II S. 8425. Planck zu § 353.

Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet oder die Kaufsache spezifiziert hat.

Diese Bestimmung findet aber nur dann Anwendung, wenn der Dritte den Kaufgegenstand „erlangt" hat. Daher kommen solche Belastungen, welche dem Berechtigten nicht den Besitz der belasteten Sache geben, wie Grunddienstbarkeiten oder Hypotheken, für § 353 nicht in Betracht.[1]) Wohl aber gehört die Vermietung hierher, da sie dem Mieter den Besitz einräumt.[2]) Für das Verschulden des Erwerbers der Sache müssen die für das Verschulden des Käufers entwickelten Grundsätze gelten, obwohl von eigentlichem Verschulden bei ihm höchstens dann die Rede sein kann, wenn er selbst dem Käufer die Sache im Wege der Wandelung wieder aufgenötigt hat, oder wenn er dem Käufer gegenüber eine besondere Verpflichtung zur Aufbewahrung der Sache übernahm. Dagegen wird bei einem sonst an der Sache Berechtigten fast in jeder Verfügung ein eigentliches Verschulden liegen, da er ja dem Besteller des Rechts für die Sache verantwortlich ist.[3]) Da bei der Spezifikation ein Verschulden nicht erfordert wird, so haftet der Käufer auch für jede von dem Dritten vorgenommene Verarbeitung der Sache.

Einer Verfügung des Käufers ist im § 353 Abs. 2 eine Verfügung gleichgestellt, „die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt." Auch hier ist also die Wandelung nur dann ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, der die Sache durch die Verfügung erlangte, die Voraussetzungen des § 351 oder § 352 eingetreten sind.

In den anderen Fällen der Veräusserung und Belastung, also wenn der Erwerber eine Verfügung aus § 351, 352 nicht

---

[1]) Schollmeyer Komm. zu § 353 Z. 2a.
[2]) Oertmann zu § 353 Z. 2.
[3]) Schollmeyer Komm. S. 264 ff.

oder schuldlos vorgenommen hat, bleibt die Wandelung gestattet. Hier greift nun der schon erwähnte § 354 ein, welcher die Wandelung für unwirksam erklärt, wenn der Berechtigte mit der Rückgewähr in Verzug gekommen ist und dann nicht innerhalb einer angemessenen Frist, die ihm der andere Teil mit der Erklärung bestimmt hat, dass er die Rückgewähr nach dem Ablauf der Frist ablehne, die Rückgewähr bewirkt. Dieser § kann aber wegen des Erfordernisses des Verzuges, wie wir sahen, nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Käufer schuldhaft die Verfügung vorgenommen hat. In diesem Falle würde der Käufer ausserdem, wenn der Verkäufer von dem Rechte, das ihm § 354 giebt, keinen Gebrauch macht und es zur Wandelung kommt, Schadenersatz leisten müssen. Ist aber die Verfügung vom Käufer unverschuldet vorgenommen, so haftet er nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Übrigens ist eine Veräusserung oder Belastung natürlich nur dann schuldhaft, wenn sie in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis des Mangels geschieht, da eine solche Verfügung vorher doch wohl immer zu den „durch die Verhältnisse gestatteten Handlungen“ gehört.

Nimmt der Käufer die Verfügung erst nach Vollzug der Wandelung vor, so ist er auch hier, sofern ihn ein Verschulden trifft, nach den §§ 347, 989, zum Schadensersatz verpflichtet.

Ich möchte hier noch einmal betonen, dass wie im gemeinen Recht so auch nach B.G.B. in allen Fällen, in welchen die Wandelung nicht zulässig ist, das Recht des Käufers auf Preisminderung aus den oben angegebenen Gründen unberührt bleibt. Eine Ausnahme macht nur, wie schon gezeigt, § 354, da hier der Käufer das Wandelungsrecht, für welches er sich einmal entschieden hatte, durch sein Verschulden verwirkt hat.

Es ist nun noch eine Besonderheit zu besprechen, welche das B.G.B. für den Viehhandel, d. h. den Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln, Maultieren, Rindvieh, Schafen

und Schweinen (§ 481) aufstellt. Hier hat der Verkäufer nur für sog. Hauptmängel einzustehen, und zwar nur dann, wenn sie sich innerhalb gewisser Gewährfristen zeigen (§ 482). Der Käufer kann hier nach § 487 nur Wandelung, nicht auch Minderung verlangen. Diese Bestimmung ist aus praktischen Gründen getroffen, insbesondere um „weitläufige und bei lebenden Tieren der Natur der Sache nach stets unsichere Schätzungen" zu vermeiden [1]) Es musste aber infolge dessen auch für die Fälle, in welchen bei anderen Käufen die Wandelung ausgeschlossen ist, die Minderung aber dem Käufer verbleibt, hier nun anstatt der Minderung die Wandelung zugestanden werden. Daher bestimmt § 487 Abs. 2, dass die Wandelung auch in den Fällen der §§ 351 bis 353, insbesondere wenn das Tier geschlachtet ist, verlangt werden kann. In diesem Falle, sowie in anderen Fällen, in denen der Käufer infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, insbesondere einer Verfügung über das Tier, ausser Stande ist, das Tier zurückzugewähren, hat er nach § 487 Abs. 2 den Wert des Tieres zu vergüten. Ebenso hat der Käufer nach Abs. 3, wenn vor der Vollziehung der Wandelung eine unwesentliche Verschlechterung des Tieres infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes eingetreten ist, die Wertminderung zu vergüten.

Es ist streitig, welcher Zeitpunkt für die Wertberechnung massgebend sein soll. Nach richtiger Ansicht ist es wohl der Zeitpunkt, in welchem die Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe des Tieres entsteht, also der Zeitpunkt des Vollzugs der Wandelung.[2]) Denn soviel, wie der Verkäufer durch die Naturalrestitution des Tieres zurückerhalten würde, soviel muss ihm auch in Geld ersetzt werden. Ist einer der angeführten Umstände nach Vollzug der Wandelung eingetreten, so gelten die gewöhnlichen Vorschriften.

---

[1]) Motive II S. 257.

[2]) So Planck zu § 487 Z. 2a; Oertmann zu § 487 Z. 2a; Ehrlich S. 103; a. A. Stölzle zu § 487 S. 45; Leistner S. 112 ff.; Schneider S. 149 ff Vgl. Protokolle I S. 803.

Es erübrigt noch zum Schlusse einen kurzen Blick auf das Handelsrecht zu werfen, für welches einige Abweichungen festzustellen sind. Nach A. D. H. G. B. Art. 347 hat nämlich der Käufer bei Distancekäufen „ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange thunlich ist, die Ware zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmässig oder gesetzmässig ergiebt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen." Ebenso muss der Käufer, wenn er später einen Mangel entdeckt, dem Verkäufer ohne Verzug Anzeige machen. Versäumt er diese Pflichten, so gilt die Ware als genehmigt, und der Käufer verliert damit seine Rechte. Diese nur für Distancegeschäfte gegebenen Vorschriften sind teils durch Landesgesetze, teils durch Gewohnheitsrecht und Handelsgebrauch auch auf Platzgeschäfte ausgedehnt worden, sodass „der hiernach für Platzgeschäfte geltende Rechtszustand dem für Übersendungsgeschäfte geltenden ähnlich"[1]) ist. § 377 des neuen H.G.B. hat dieselben Vorschriften unterschiedlos für alle Handelsgeschäfte aufgestellt. Hat der Käufer die Ware in dieser Weise „zur Disposition gestellt", so hat er damit zu erkennen gegeben, dass er sie nicht als vertragsmässig gelten lassen will. Er ist jetzt bei Distancekäufen nach positiver Vorschrift des Art. 348 des alten und § 379 des neuen H.G.B. verpflichtet, für die „einstweilige Aufbewahrung" der Sache zu sorgen. Eine solche Vorschrift ist zwar für Platzkäufe nicht gegeben, natürlich hat aber auch hier der Käufer die Ware, die er nicht behalten will, so zu behandeln, wie es Treu und Glauben erfordert; er darf sie z. B. nicht ohne weiteres derelinquieren. Nur ist dem Käufer hier nicht positiv die Aufbewahrung der Sache vorgeschrieben, sondern es ist seinem Ermessen überlassen, wie er in jedem einzelnen Falle seiner „Schutzpflicht" genügen will.[2]) In der zur Dispositionsstellung der Ware liegt nun

---

[1]) Staub zu Art. 347 S. 870; ebenso Eck S. 162; Hanausek II S. 84.

[2]) Staub Komm. zu Art. 348 S. 875 ff.

an sich nur die Erklärung, dass die gelieferte Ware nicht als vertragsmässig anerkannt wird, noch nicht aber eine Entscheidung des Käufers darüber, ob er Wandelung oder Minderung verlange. Verletzt nun aber der Käufer diese Aufbewahrungspflicht, indem er ohne dringenden Grund eine Verfügung über die Sache trifft, so hat er nach der herrschenden Ansicht seine Ansprüche wegen des Mangels verwirkt. Diese Auffassung ist auch berechtigt. Denn da Art. 348 resp. § 379 H.G.B. dem Käufer die Aufbewahrung zur Pflicht machen und auch bei Platzgeschäften der Käufer sich, wie wir sahen, willkürlicher Verfügungen enthalten muss, so muss die Einhaltung dieser Verpflichtung neben der sofortigen Anzeige des Mangels eben als Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte wegen des Mangels gelten, sodass bei willkürlichen Dispositionen des Käufers sowohl sein Wandelungs- als auch sein Minderungsrecht verwirkt ist. Daraus ist es wohl zu erklären, dass gerade das R.O.H.G. nach Eck[1]) „am weitesten in der Ausschliessung der actio redhibitoria und bez. auch der actio quanti minoris“ geht.[2])

Die Vorschriften des Handelsrechts haben übrigens für das Bürgerliche Recht nach neuem H.G.B. keine Bedeutung mehr, da §§ 377 und 379 nur dann Anwendung finden, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, während Art. 347, 348 des alten H.G.B. auch für einen zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann abgeschlossenen Kauf galten.[3]) Aus diesem Grunde war hier darauf hinzuweisen.

---

[1]) Eck S. 164 Anm. 5.

[2]) R.O.H.G. X Nr. 59; XI Nr. 67; XII Nr. 60 S. 180; XVIII Nr. 89 S. 330. Vgl. ferner Goldschmidts Z. f. H. R. XXIV Nr. 86 S. 299, Nr. 87 S. 300; XXV Nr. 103. 5. 268, XVII S. 270.

[3]) Vgl. Art. 277.